

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Alcance del principio: "en materia de muebles, la posesión
equivale al título", con especial referencia al derecho
costarricense**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Roberto Yglesias Mora

DIRECTOR:

Manuel Albaladejo García

Madrid, 2015

Rd. 63.825

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5327077314

428

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

ALCANCE DEL PRINCIPIO: "EN MATERIA DE MUEBLES, LA POSESION
EQUIVALE AL TITULO", CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO
COSTARRICENSE.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Tesis de grado para optar
al título de Doctor en De
recho.

ROBERTO YGLESIAS MORA

1979

A mis padres, de quienes recibí el espíritu de trabajo que me ha permitido realizar esta tesis.

AGRADECIMIENTO.

Agradezco profundamente al Doctor D. Manuel Albaladejo García la dirección de esta tesis; con su vasto conocimiento de la materia y su poco común trato humano, ha sabido — estimularme y orientarme en su elaboración.

-o-o-o-o-o-o-o-o-o-o-

INTRODUCCION

En esta investigación hemos tenido como objetivo primordial, determinar la vigencia del principio jurídico francés: "En materia de muebles, la posesión equivale al título", en el Código civil costarricense.

Desde un punto de vista formal, hemos creído conveniente, utilizar una premisa al inicio de cada Capítulo, a fin de proporcionar una idea global del mismo y a la vez, darle unidad a su contenido.

Con el propósito de brindar una adecuada coherencia en la exposición, así como una comprensión general del tema, iniciamos su desarrollo estableciendo el significado del susodicho principio. Para ello recurrimos a la doctrina hoy dominante en el Derecho francés y especialmente a Saleilles, quién analizó en toda su dimensión, la problemática que encierra la conocida regla del art. 2279 del Código Napoleón.

En la determinación del fundamento y de los alcances de dicha regla, hemos utilizado en particular, la doctrina italiana, y española. En esta última, han sido de vital importancia los aportes de Don Antonio Hernández Gil, en sus cono

cidas monografías sobre el tema.

Delimitado el contenido de la máxima, "En materia de _ muebles, la posesión equivale al título", nos abocamos en _ el segundo capítulo al Código civil costarricense, a fin de precisar cómo fue acogido este principio y las interpreta-- ciones de que ha sido objeto, particularmente por la juris- prudencia nacional, en vista de la escasísima doctrina que ha estudiado este tema en nuestro Derecho, circunstancia _ que me ha obligado, como costarricense que soy, a enfocar _ en esta Tesis, el Derecho civil costarricense.

En el último capítulo, nos referimos al elemento "bue- na fe", que en la práctica frecuentemente se olvida que es un factor esencial para la protección de los terceros adqui- rentes, completando en esta forma, el estudio de la máxima francesa, "En materia de muebles, la posesión equivale al _ título".

A continuación enunciamos las diversas conclusiones a que llegamos, siguiendo en lo posible, el desarrollo de la Tesis.

Se incluye por último, una relación bibliográfica, en orden alfabético de los autores, así como de los cuerpos le- gales consultados y un índice general de materias.

CAPITULO PRIMERO

EL DOBLE SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO: "EN MATERIA DE MUEBLES, LA POSESION EQUIVALE AL TITULO".

Sumario: Premisa. I.- Teoría del doble efecto. II.- El contenido del principio es producto de una acumulación histórica. III.- La adquisición "a non domino", es una adquisición anómala y a título originario: 1) Fundamento político; 2) - Fundamento racional; ausencia de formalismos en la circulación mobiliaria; apariencia jurídica. Importancia de la posesión voluntaria; 3) Ambito de aplicación. IV.- Posesión y publicidad.

PREMISA

En la mayoría de los ordenamientos modernos que han recibido la influencia del Código Napoleón, el régimen jurídico relativo a la transmisión, posesión y propiedad de gran parte de los bienes muebles, descansa sobre el principio jurídico: "En materia de muebles, la posesión equivale al título".

Con esta fórmula u otras análogas, que en el fondo son sólo derivaciones, se contempla en muchos de los Derechos modernos.

Su creación obedeció sin lugar a dudas, a la necesidad de proteger el creciente tráfico jurídico de bienes muebles, para lo cual se aplicaron, con variaciones importantes, las antiguas concepciones germánicas sobre la posesión de muebles. El Derecho germánico, notoriamente formalista, protegió a quien adquiría un bien mueble de quien no era su pro-

pietario (non dominus), sobre la base de la desposesión voluntaria de la cosa por parte del dominus; con la entrega de ésta (sin transmisión de propiedad), a otra persona, el propietario conjuntamente transmitía la investidura de su derecho, o forma de ser del mismo, la cual pasaba al nuevo poseedor, quien se encontraba entonces legitimado para disponer eficazmente de la cosa, como si se tratara del verdadero propietario. La única hipótesis en la cual el propietario podía reclamarla a un tercer adquirente, tenía lugar -- cuando la desposesión había sido en forma involuntaria. Se consideraba que en esta circunstancia, su comportamiento había sido irreprochable; no había transmitido voluntariamente la posesión de la cosa a un poseedor infiel. Dicho en -- otra forma: depositó bien su confianza; no merecía perder -- el derecho sobre la cosa.

Esta antigua institución fue acogida en las nuevas sociedades capitalistas del siglo XVIII, desplazando al Derecho romano, que establecía, -como es sabido-, la reivindicación ilimitada de los bienes muebles (hasta tanto no se produjera la usucapión).

En la regla, "En materia de muebles, la posesión equivale al título", fruto de los juristas franceses, se recogió la tradición germánica sobre la irreivindicabilidad. Esta máxima tuvo y tiene un doble significado, producto de las vicisitudes de su formación: se refiere no sólo a la adquisición "a non domino" de derechos reales sobre bienes

muebles, sino también a una presunción simple de dominio, - derivada de la posesión de una cosa mueble.

En las páginas subsiguientes se desarrollan estas consideraciones y especialmente, atendiendo a las inquietudes de la doctrina italiana, se cuestiona la vigencia del fundamento racional, que tradicionalmente ha tenido la máxima, - "en materia de muebles, la posesión equivale al título", Se plantean ulteriormente otros aspectos relevantes de la llamada adquisición "a non domino", para concluir con una referencia al segundo efecto de la máxima, relativo a la presunción de propiedad.

I.- Paralelamente al nacimiento y desarrollo de las sociedades modernas, ha surgido y se ha consolidado el principio jurídico, "En materia de muebles, la posesión equivale al título".

Obra de los juristas franceses de la primera mitad del siglo XVIII, pasó luego a incorporarse al Derecho positivo francés, constituyendo el actual artículo 2279 del Código Napoleón. Su texto, que no ha sufrido desde entonces modificación alguna, se expresa en los siguientes términos:

"En materia de muebles, la posesión equivale al título.

No obstante, el que haya perdido una cosa o aquél al que le haya sido robada puede reivindicarla durante tres años, a contar desde el día de la

pérdida o del robo, de aquél en cuyo poder se encuentre; salvo el recurso de éste para repetir contra aquél del que la tiene" (1).

El artículo 2280 del mismo texto legal, de aplicación conjunta con el 2279, dice como sigue:

"Si el poseedor actual de la cosa robada o perdida la ha comprado en una feria o en un mercado, o en una venta pública, o de un comerciante que venda cosas parecidas, al propietario originario no puede hacer que se le devuelva sino reembolsando al poseedor el precio que le haya costado".

(Por ley del 11 de julio de 1892 se adicionó este artículo con el párrafo que transcribimos a continuación.)

"El arrendador que reivindique en virtud del artículo 2.102, los muebles trasladados sin su consentimiento y que hayan sido comprados en las mismas condiciones, debe reembolsar igualmente al comprador el precio que le hayan costado" (2).

En el transcurso del siglo XIX, el principio, "en materia de bienes muebles, la posesión equivale al título", penetró en los diversos ordenamientos jurídicos europeos y

(1) Cfr. Hermanos MAZEAUD, Lecciones de Derecho Civil (Ejea, Buenos Aires, 1965) Parte Cuarta, Vol. IV., p.641.
(2) Ibid.

en los nacientes estados hispanoamericanos (3) (4), asumiendo un papel fundamental en lo relativo a la propiedad, posesión y transmisión de los bienes muebles.

La doctrina científica se ha encontrado en este principio, con un complejo instituto jurídico, que ha llevado a la confusión a connotados juristas. En su interpretación, la mayor parte de la doctrina se ha servido, durante largo tiempo, fundamentalmente de dos teorías: la primera de ellas ha visto en esta máxima una adquisición ex-lege, producto de una usucapción instantánea (5). La otra teoría considera que este principio se refiere a una presunción legal de propiedad, ante la cual -es opinión dominante-, se estrellará la reivindicación del propietario (6).

(3) Véase en este sentido el art. 707 del Código Civil italiano de 1865; el art. 464 del Código Civil español; CC., de Portugal, art. 532; art. 60 del CC. ruso; art. 367 del CC. de Austria; arts. 932 y 1006 del CC. alemán; -- arts. 933 y 934 del CC. suizo; art. 2279 del CC. de Rep. Dom.; art. 393 del CC. de Puerto Rico; art. 480 del CC. de Honduras; arts. 481 y 854 de Costa Rica; arts. 671, 952 y 1881 del CC. de Ecuador; arts. 1769 y 1441 del CC. de Nicaragua; arts. 2412 y 2765 del CC. de Argentina, -- art. 617 del CC. de Guatemala; arts. 752 y 947 del CC. de Colombia; art. 827 y 890 del CC. del Perú; art. 1214 del CC. uruguayo; art. 783 del CC. venezolano; art. 700 del CC. chileno; art. 745 del CC. salvadoreño; arts. -- 521 y 622 del CC. del Brasil; recientemente arts. 1161 a 1167 del Código Civil de Etiopía y con anterioridad -- el 1153 del actual Código Civil Italiano.

(4) La influencia del Código Civil frances ha sido prácticamente universal. En este sentido dice WIEACKER, F., Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna (Aguilar, Madrid, 1957) p. 318, que: "... ha sido el Código de -- mayores éxitos del siglo" (se refiere al siglo XIX).

(5) Son de este criterio: Demolombe, Marcade y Mourlon, citados por Alas, L., La publicidad y los bienes muebles (Madrid, 1920) p. 74 y ss. Una referencia breve sobre -- esta doctrina en la obra de MARTY et RAU, Droit Civil (Sirey, París, 1965) p. 379 y ss.

(6) En este sentido AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil Français, 5ª ed., París, 1879, T. II, p. 143.

En la actualidad, la teoría que prevalece en la doctrina francesa es otra, teoría la cual -como tendremos oportunidad de comprobar- ha sido fiel con la evolución histórica del conocido precepto.

Es especialmente a Raymundo Saleilles, a quien, con su fundamental monografía: "La posesión de bienes muebles" (7), se debe al estudio en toda su dimensión, de la problemática que encierra el artículo 2279 del Code, antes transcrito.

Debemos mencionar también a Planiol y Ripert (8), a -- Ripert y Boulanger (9), Marty y Raynaud (10), Baudry-Lacantinerie et Tissier (11), los hermanos Mazeaud (12), Carbonnier (13) y recientemente Weill (14), quienes en lo primordial se ubican en la misma línea interpretativa de Saleilles.

Todo estos juristas coinciden en atribuir a la máxima, "en materia de muebles, la posesión equivale al título", un doble efecto: el primero establece un mecanismo adquisitivo - de derechos reales sobre bienes muebles, constituyendo lo -

-
- (7) SALEILLES, R., La posesión de bienes muebles (Espasa-Calpe, Madrid, 1927)
 - (8) PLANIOL Y RIPERT, Tratado práctico de Derecho Civil -- francés (Ed. Cultural S.A., la Habana, 1945) p. 319
 - (9) RIPERT Y BOULANGER, Droit civil français (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957) II, p. 979.
 - (10) Ob. cit. p. 379 y ss.
 - (11) BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Traité théorique et -- pratique de Droit civil (10ª ed. Sirey, Paris, 1899) T. 28, p. 550.
 - (12) MAZEAUD, Lecciones de Derecho civil, Parte 2ª-IV, p. 241 y ss.
 - (13) CARBONNIER, J., Derecho civil (Bosch, Barcelona, 1961) II-1, p. 455 y ss.
 - (14) WEILL, A., Droit civil; Les biens (10ª ed. Dalloz, Paris, 1974) p. 406 y ss.

que la ciencia jurídica moderna ha denominado "adquisición a non domino", o sea, adquisición de quien no es titular de la cosa, para lo cual se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, que varían en las distintas legislaciones.

El segundo efecto, se refiere a una presunción de propiedad que se hace derivar de la posesión "animus domini", de una cosa mueble. Se puede hablar también de un efecto sustantivo y otro probatorio, respectivamente (15).

Distinguir un aspecto del otro ha sido la labor de Saleilles, y según este minucioso intérprete, ellos son la causa que hace del principio, "... una regla sutil y flexible" (16), que en la práctica lleva a la vaguedad, al equivoco y a la imprecisión. "Se trata de una regla mal construida; incompleta en una palabra" (17). Toda interpretación li

(15) Hay quien incluso concede a la regla tres funciones. En este sentido PIEDELIEVRE, A., Droit des biens (Masson, Paris, 1977) p. 119. "Sa première utilité -dice- est de type probatoire; si la possession en général crée une présomption de propriété, en matière de meubles corporels la présomption est irréfragable. D'où la deuxième utilité, de type acquisitif; la présomption de propriété étant irréfragable le possesseur de sormais propriétaire est à l'abri de la revendication. En fin la possession du meuble joue un rôle de publicité rudimentaire permettant de régler un conflit entre deux acquéreurs du même meuble tenant leur droit du même auteur (cf. art. 1141)". Creemos que esta última función se encuentra comprendida en el efecto probatorio de la máxima. Esto es, que si la posesión es un medio de probar la propiedad, es porque se admite que la posesión es un medio de publicidad de este derecho; publicidad y posesión son dos conceptos, que en esta materia, se implican mutuamente.

(16) SALEILLES, ob, cit, p. 121.

(17) Ibid.

teral y simplista debe descartarse de antemano, interpretación en la que se puede incurrir con relativa facilidad, -- por la aparente concisión y el carácter axiomático de la re gla (18).

La jurisprudencia, francesa, desconociendo la naturaleza anfibológica del principio, lo aplica como una presunción irrefragable de dominio, con lo cual, en última instancia, llega a un resultado práctico, igual al efecto sustantivo, a que hemos hecho anterior referencia. Ha preferido suponer la existencia de un título, cuya prueba no puede -- ser presentada, a pesar de que el antiguo propietario demuestre la verdad de sus afirmaciones, destruyendo cualquier presunción a favor del poseedor. Aun cuando compruebe que el demandado adquirió la cosa de un depositario, se pregunta la jurisprudencia, si quién sabe si este depositario no se convirtió posteriormente en propietario. Ha estimado así mismo que, en tratándose de bienes muebles, no hay más que posesiones, que producen presunciones, respecto de las cuales, el artículo 22 79 (CCF), deja libre campo para establecer entre ellas elementos de comparación y fijar, en general, el modo de apreciar los datos que se ofrezcan --

(18) RIPERT Y BOULANGER, supra nota 9, p. 979, reconocen -- que: "Malheureusement la formule couvante é tait obscure et tra duisait mai les solutions données et leurs motifs réels. Il en est résulté una indéniable confusion dans l'interprétation judiciaire de la regle. Si les solutions son exactes dans leur ensemble trop souvent, manque de nettate".

(19). A ella le corresponde resolver en qué casos se admitirá prueba y en cuáles no y cuándo el antiguo poseedor será preferido al actual (20).

Resumiendo sus puntos de vista, ha escrito Saleilles - lo siguiente: "Ha podido parecer en el sistema francés, que las dos cuestiones no constituyan más que una, puesto que - es la posesión de buena fe, por sí sola, la que realiza la adquisición, y constituye la única exigida en este respecto. No puede ser sino una posesión de buena fé la que igualmente sirva o pueda servir de base a una presunción allí - donde sea posible admitir una respecto a las condiciones de la adquisición de buena fe. Pero entonces ambas cosas se - confunden. Una presunción no puede concebirse más que allí donde la adquisición misma exigiera una condición suplementaria que viniera a juntarse a las que sirven de base a la presunción. De otro modo la llamada presunción se identificará con el procedimiento de adquisición. Esto precisamente, es lo que ocurre en el sistema francés: la conclusión

-
- (19) Explica SALEILLES, supra nota 7, p. 124, que a esta solución se ha llegado, por cuanto se consideró, que era esa la única fórmula capaz de respetar los principios tradicionales (romanistas) sobre el derecho de propiedad. Esta apreciación de la jurisprudencia francesa se sale de la realidad; la máxima ha surgido en pugna con las instituciones tradicionales, como tendremos ocasión de ver más adelante. Desechar estas instituciones fué el objetivo de aquella.
- (20) Cfr. SALEILLES, supra nota 7, p. 125.

es consciente, no hay prueba que hacer; está ya hecha. Surge de la posesión misma. La posesión hace prueba completa; es ella la que confiere el derecho.

El derecho está ya probado porque la prueba surge del hecho que lo constituye" (21).

Basta en el Derecho francés, con la prueba de la posesión animus domini de buena fe, para que el tercero encuentre protección frente a la reivindicación del propietario, que no lo es más, por pasar la propiedad al poseedor actual. Por los peligros que encierra este sistema, diremos de momento que, en diversas legislaciones, entre ellas la italiana (art. 1153 CCI), se exige además, la prueba de un título apto para transmitir (siquiera figuradamente) el derecho sobre la cosa, a lo que tendremos ocasión de referirnos en otro lugar.

II.- Las primeras noticias de la existencia de la máxima, "En materia de muebles, la posesión equivale al título", debemos ubicarlas a finales de la primera mitad del s. XVIII (22), y se deben al jurista francés Francois Bour-

(21) SALEILLES, supra nota 7, p. 94

(22) RIPERT Y BOULANGER, supra nota 9, p. 978, consideran posible que su origen se retrotraiga hasta el siglo anterior, según se desprende de la obra de Ricard -- (1622-1678) "Traité des donations", Part. I., Cap. IV, Sec. I, n° 890, en la cual, según afirma más tajantemente MENGONI, L., Gli acquisti a non domino (3ª ed. Giuffrè, Milano, 1975) p. 62, se retorna a la máxima - "les deniers et les autres meubles n'ont pas de suite", (...) intesa -dice este autor- (lugar citado)- come regola (processuale) sull'onere di prova della proprietà, cioè nel senso (cita a Ricard) "qu'ils sont présu

jon (23), abogado del Parlamento de París, para quien el nuevo principio se atribuye a la jurisprudencia del Chatelet -- de París, antiguo tribunal criminal. Debemos no obstante reconocer, la poca claridad que ofrece su proceso de formación, lo que explica, en no poca medida, las dificultades interpretativas atravesadas por la doctrina.

Dentro de los aspectos fundamentales de esta institución, debemos destacar su estrecha relación con la realidad social de la época y más que eso, una verdadera relación de causalidad, entre el susodicho principio y las vicisitudes económicas de la sociedad francesa del siglo XVIII. El tráfico de bienes durante este siglo y el anterior, se había extendido en proporciones nunca antes vistas y se incrementaba constantemente, siendo en última instancia el factor determinante de la creación de la máxima, "en materia de muebles, la posesión equivale al título".

(cont. de la pág. anterior)

més appartenir á ceux en la possession desquels ils se trouvent, si ce n'est qu'il soit justifié que leur possession est furtive et de mauvaise foi". Durante el siglo XV, la dominación del Derecho romano -- señala MENGONI (lugar citado), no fue absoluta. En los países de derecho consuetudinario, cuando se intentaba una acción reivindicatoria, el demandado (poseedor), tenía ya la presunción de propiedad a su favor, desplazándose así la carga de la prueba hacia el actor, con base en el concepto germánico de posesión como investidura formal del derecho. Se puede suponer, pero no existen pruebas contundentes, que en la práctica judicial la presunción haya sido mantenida en el siglo XVI, el de mayor penetración de las concepciones romanas.

- (23) La existencia de la nueva regla la da a conocer mediante su obra, "Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes", publicada en 1747 (edición póstuma en 1770).

Para comprender en toda su dimensión la génesis y el desenvolvimiento de este principio, haremos un corto recorrido histórico, que siempre ha sido imprescindible en esta materia.

La historia de esta regla (24), se divide en tres períodos. En el primero de ellos (siglos VI a XIII), El Derecho francés, influido por el Derecho Germánico (25), no con

(24) Sobre el origen histórico de la regla, entre otros, - véase a ALAS, L., supra nota 5, p. 61 y ss.; ALCANTARA SAMPELAYO, J. La adquisición derivativa de bienes muebles y el artículo 464 del Código Civil, publicado en la Revista de Derecho Privado T. XL, 1956, p. 788 y ss.; BONNECCASE, J., Elementos de Derecho civil (Porrúa, - México, 1945) XIII-1, p. 675 y ss.; FONT-BOIX, V., La adquisición a non domino, publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1967, p. 1613 y ss.; FUENTES PEREZ, A., Coordinación del artículo 464 con los 1955 y 1962, todos del Código Civil, publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1960, p. 529 y ss.; JOSSE RAND, L., Derecho civil (Ejea, Buenos Aires, 1950) I-3, p. 209 y ss.; LOMONACO, G., Il Diritto civile italiano (Biblioteca delle scienze Giuridiche e Sociale, Napoli, 1907) LXX, p. 530 y ss.; MARTY et RAYNAUD, supra nota 5, p. 377 y ss.; NENCIONI, supra nota 22, p. 34 y ss.; MONTEL, A., Il Possesso (Unión Tipográfica-Editrice Torinese, Torino, 1962) en el Trattato di Diritto civile italiano, IV-5, p. 302 y ss.; PLANIOL Y RIPERT Tratado práctico de Derecho civil, p. 317 y ss.; CARBONNIER, J., - supra nota 13, p. 481 y ss.; ENECCERUS-KIPP y WOLFF, Tratado de Derecho Civil (Bosch, Barcelona, 1971) -- III-1, p. 448 y ss.

(25) Las características del Derecho germánico han sido expuestas por ALAS, supra nota 5, p. 31, en la forma que seguidamente indicamos: "Si en el Derecho romano apenas encontramos diferencias entre la posesión de muebles e inmuebles, no ocurre lo mismo ciertamente en el Derecho germano. Hay dos notas características de este derecho ya desde sus primeros tiempos históricos la publicidad formalista y la diferenciación claramente establecida en el dominio de los derechos reales - entre inmuebles y los muebles (...). El derecho alemán, como todos los derechos nuevos, era rico en sím-

firió la acción reivindicatoria al dueño de la cosa, cuando

(cont. de la pág. anterior)

bolos apropiados para cada caso (...). Se detenía en lo exteriormente cognoscible, en las cosas que se podían coger (greifbare), y colocaba en segundo lugar los fundamentos, internos, espirituales, de los hechos manifestados por los fenómenos exteriores. Por este motivo, sólo eran tomadas en consideración aquellas exteriorizaciones perceptibles por los sentidos. Por eso en el derecho privado dominaba el principio de que sólo era tomada en consideración y adquiría toda su validez en el campo del comercio jurídico aquella relación de derecho que se realizaba según una determinada forma y se hacía visible de modo fijado ya de antemano (...). Es posible apoyarse en la apariencia jurídica del acto realizado públicamente, aunque esta apariencia jurídica no coincida con el derecho material". En virtud de la "Gewere", o sistema de posesión germánica, el que adquiría la posesión de una cosa mueble, adquiría la forma de ser del derecho de propiedad sobre ella. Quien fuera aún un simple detentador la tenía y estaba legitimado para disponer de la cosa. Predominaba el hecho sobre el derecho. El propietario sólo tenía contra terceros, acciones ex-delito, si la cosa le había sido sustraída o la había perdido, desconociéndose la acción reivindicatoria. Contra aquél a quien le había entregado la cosa, tenía una acción personal.

De acuerdo con el brocardo "Hand Where Hand" (la mano guarde a la mano), o lo que era lo mismo "Wo du deine Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen" ("Allí donde has puesto tu confianza ahí debes buscarla"), que daría lugar a la regla "Möbilia non habent sequelam", el propietario debía soportar las consecuencias de haberle confiado la cosa, a quien no debía y que le fue infiel al enajenarla a un tercero. Este último no tenía por qué verse perjudicado por una situación provocada por el mismo propietario. La razón por la cual el propietario podía reclamar la cosa a terceros cuando había sido sustraída o perdida, era precisamente por mediar una desposesión "involuntaria". De ahí que se pueda afirmar con WOLFF, supra nota 24, p. 449 que en esta hipótesis regía, en cierta forma, el principio (romano), "Ubi rem meam invenio ibi vindico".

"En el derecho germánico -dice VALDEAVELLANO, L., Estudios medievales de derecho privado (Univ. de Sevilla, 1977), p. 251- la protección de la propiedad coincide con la protección posesoria, y la acción reivindicatoria dominical se confundía, sobre todo por lo que afectaba a los bienes muebles, con la protección de la Gewere o posesión germánica...". CARBONNIER, supra nota 13, p. 479, señala que la limitación a la reivindicación fue introducida al

la misma la había entregado a un detentador infiel, quien, violando sus obligaciones, la enajenaba a un tercero (26). El propietario perjudicado disponía únicamente de acciones

sistema francés y anglo-normando. Se reconoce asimismo que esta limitación no solo es producto del extremado formalismo germánico, sino que, como establece LOMONACO, supra nota 24, p. 530 y STOLFI, L., Diritto civile (Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1926) II, p. 185, se debe también al poco valor concedido a los bienes muebles ("res mobiles, res vilis"). Si se desea ampliar esta materia, consultese a ROCA SASTRE, L., Las adquisiciones a non domino, publicado en Anales de la Academia Matritense del Notariado - (Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1976) XIX, p. 265; SOLS GARCIA, P., Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles, publicado en la Revista de Derecho Privado, febrero de 1950, p. 122; PLANITZ, H., Principios de Derecho privado germánico (Bosch, Barcelona, 1957) p. 186; ZORRILLA, M., Anotaciones al Tomo II-2 del Tratado de Derecho civil de Carbonnier, p. 478 y ss.; H. MAZEAUD, supra nota 12, p. 238 y ss.; NUÑEZ LAGOS, R., Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles (Reus, Madrid, 1953) p. 42 y ss.

- (26) Según BESELER, citado por Nuñez Lagos, R., ob. cit. p. 48 - el pasaje principal del derecho más antiguo que recoge esta regla, es el Sachsenspiegel Landrecht (2-60-I), cuando disponía que: "El que presta otro su caballo, o un vestido, o alguna otra cosa mueble, cualquiera que sea el modo de dejar la posesión con su voluntad, si el que la tiene en posesión la vende, o la empeña, o la pierde en el juego, o le es hurtada o robada, aquél que la ha prestado o empeñado no tiene acción sino contra aquél a quien le prestó o empeñó". Señala GOMEZ ACEBO, La buena y la mala fé en el Código Civil publicado en la Revista de Derecho Privado, marzo, Madrid, 1952, p. 211 y ss. que este principio aparece recogido en todas las leyes bárbaras: Edicto de Luitprando (131); lex Baiuvariorum (XV-4-1-3) lex Visigothorum (V-5,3); Espejo sajón (II. 60-1).

personales por préstamo o depósito (27). Si la desposesión - del propietario fué involuntaria, tenía acciones por pérdida o sustracción que le permitían recuperar la cosa de cualquier adquirente posterior (demande de furtive, demande de chose - embleé y chose adiré) (28). De esta época es la máxima, "Mobilia non habent sequelam" (29), que se tradujo al francés - diciendo: "Meubles n'ont pas de suite" (30).

-
- (27) Indican los H. MAZEAUD, supra nota 12, p. 238, que tanto el antiguo Derecho francés como los Derechos germánicos primitivos, no conocieron los contratos -depósito, prenda, comodato sino que operaba un contrato único - traslativo de dominio: la fiducia, por el cual el cocontratante recibía la propiedad de la cosa y se comprometía a restituirla a continuación. El propietario sin - derecho de propiedad y de la acción reivindicatoria tenía sólo una acción personal contra el detentador. El tercero poseedor no estaba expuesto a la reivindicación. La prohibición para intentar esta acción, se mantuvo -- cuando nacieron el depósito, la prenda y el comodato, que no eran, empero traslativos de dominio. La irreivindicación vino entonces fundada en los formalismos germánicos sobre la posesión de muebles (Gewere).
- (28) Cfr. ALCANTARA SAMPELAYO, supra nota 24, p. 788.
- (29) Esta máxima para HERNANDEZ GIL, A., La función social - de la posesión (Alianza Editorial, Madrid, 1969) p. 140, "... no alude tanto al menosprecio económico de esta clase de bienes (bienes muebles) como a su repentina fugacidad en el tráfico, su difícil identificación y, por - tanto, problemática perseguibilidad".
- (30) Refiriéndose a la utilidad de esta regla, estima MENGONI, supra nota 22, p. 47, que: "... non era originariamente destinata alla tutela dell'affidamento dei terzi, me era puittosto il portato dell'ordinamento processuale dei diritti sulle cose mobili, caratterizzato dalla - mancanza dell'azione di rivendica, il quale avvantaggiava indirettamente i terzi acquirenti di cose non rubate né smarrite mettendoli in ogni caso al riparo dalla pretesa di restituzione".

El segundo período (siglos XIV a XVI), está influido - por las ideas romanas (31) (32), sobre la propiedad como de

-
- (31) Ello se debió para ZORRILLA, supra nota 24, p. 482, a que las acciones adjudicadas al propietario no se le - venían confirmando en calidad de tal, y para colmar es - ta laguna hizo su aparición en los textos de la época, la reivindicación otorgada al dueño de la cosa con ca - rácter general. Sin embargo opina CARBONNIER, supra no - ta 13, p. 470, que: "Tampoco es imposible que se trata - se de un conjunto de soluciones empíricas fraguadas - por la jurisprudencia al esforzarse en conciliar los - intereses en conflicto, teniendo en cuenta las prácti - cas corporativas (operaciones de joyería, adquisición de animales en ferias): El interés del comercio -para el que la reivindicación presupone un impedimento- pa - rece ceder, de momento, ante el interés de la propiedad -que en una época de inseguridad y pillaje demandaba - más enérgica tutela- y el orden público (exigencias de la política Urbana) pues la acogida de la reivindica - ción mobiliaria se dirige, en cierto modo contra los - reivindicadores que siempre han inspirado desconfianza, ya que frecuentemente se prestan a ocultar objetos ro - bados". Más detalles en WIEACKER, Historia del Derecho privado, p. 89 y ss.; NÚÑEZ LAGOS, supra nota 25, p. 72 y ss.
- (32) En el Derecho romano se admitía sin distinción la rei - vindicación de los muebles e inmuebles. Las "res fur - tivae" (literalmente: cosas robadas), comprendía toda cosa lograda con perjuicio del propietario, de cual - quier modo que éste hubiera sido desposeído. Regía el principio, "ubi rem meam invenio ibi vindico". Respec - to a las cosas que enajenaba un detentador, se dispo - nía que: "Nemo plus iuris ad alium transferre potest - quam ipse habet (D. 50, 17, 54), corolario de "Nemodat quod non habet". La única satisfacción dada a la segu - ridad del comercio, señalan COLIN y CAPITANT, Curso -- Elemental de Derecho civil (Reus Madrid, 1961) II, p. 632, fué la reducción del término para usucapir a un año, aumentando a tres años en la época de Justiniano. "El Derecho romano -dicen (lugar citado) sacrificaba los intereses del poseedor y las necesidades económi - cas del comercio al respecto del derecho de propiedad". Refiriéndose a las adquisiciones hechas a un detentador infiel, expresa ZORRILLA, supra nota 25, p. 481, que: "El problema no afluye a la casuística romana, y en al - gún modo es implantable ante la naturaleza sacrosanta del dominium, inconciliable con un supuesto expropiato - rio".
- Observa sin embargo, HERNÁNDEZ GIL, A., De nuevo

recho absoluto, con reivindicación ilimitada (33), hasta tanto no se verificase la usucapión (34). La máxima: "Meubles n'ont pas de suite", se transformó en: "Meubles n'ont pas de suite por hypothèque".

El tercer período (siglos XVII a XVIII), se inicia en los albores del capitalismo, presentándose una reacción general contra la reivindicación, por los graves inconvenientes que suponía para la seguridad del comercio de mercancías (35).

Desde los inicios del siglo XVII, el Derecho francés -

(cont. de la pág. anterior)

sobre el artículo 464 del Código civil, publicado en la Revista de Derecho Privado, Madrid, julio-agosto, 1945, p. 415-416 que a pesar del criterio riguroso que se seguía en materia de propiedad, existían ciertas excepciones a la regla "nemo plus iuris...". Por ejemplo, los acreedores pignoratícios podían transferir la propiedad sobre cosas ajenas (Ins. 2-8-I). Así también, como señala ROCA SASTRE, supra nota 25, p. 264, se protegió al adquirente del heredero aparente. Para más información véase a CASTAN, J., Derecho civil, común y foral (10ª ed. Reus, Madrid, 1978) II-I, p. 385; PENA, M., Notas sobre la adquisición "a non domino" del usufructo y uso sobre muebles y de la prenda publicado en Revista Crítica de Derecho inmobiliario, Madrid, octubre, 1952, p. 736; SCEVOLA, Q., Código Civil (5ª ed. Reus, Madrid, 1948) VII, p. 582; PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho civil (2ª ed. Bosch, Barcelona, 1971) III-I, p. 145 y ss.

(33) V. a NUÑEZ LAGOS, supra nota 25, p. 6, 12.

(34) Los Hermanos MAZEAUD, supra nota 12, p. 239 observan que: "La nueva regla presentaba pocos inconvenientes en una sociedad cerrada, acostumbrada a marcar las cosas con el nombre del propietario...".

(35) Por este motivo afirma MELON INFANTE, F., La adquisición de mercaderías en establecimiento mercantil -- (Bosch, Barcelona, 1958) p. 39, que: "La victoria de los postulados romanos es una victoria efímera, puesto que la situación jurídica que los mismos traían consigo, fracasa por las dos causas siguientes: a) La deficiente recepción de la institución de la usucapión

se esforzó por reducir los funestos efectos de la reivindicación mobiliaria. En primer término, se acortó la prescripción de la acción reivindicatoria a tres años (36), a semejanza del plazo establecido para usucapir un mueble en la época de Justiniano (37) (38).

Pero esta solución no era tampoco idónea para conferir la seguridad que requerían las transacciones mobiliarias; el justo título exigido para usucapir, no era de fácil demostración: la transmisión manual de bienes, no dejaba señal alguna que permitiera su prueba. En este caso el punto de partida de las futuras reformas.

Para compensar la imposibilidad de esta prueba en caso de reivindicación, se presumió que la posesión estaba fundada sobre un título (39), y en este sentido se afirmó: "La -

(cont. de la pág. anterior)

romana (institución inseparable de la reivindicación) y b) La inseguridad o inestabilidad que al tráfico jurídico proporciona la reivindicación".

(36) Cfr. PLANIOL y RIPERT, supra nota 8, p. 318. La prescripción anterior -señala ALCANTARA SAMPELAYO, supra nota 24, p. 788 era de 30 años.

(37) Cfr. MENGONI, supra nota 22, p. 77. Para CARBONNIER, supra nota 13, p. 470, este plazo es un "... modelo-remoto y confusamente advenido a nuestro art. 2279...".

(38) Refiriéndose a las inquietudes de los prácticos de la época, nos dice STOLFI, supra nota 25, p. 187 que: "... si disputo quale termino mite al riguardo, cioè - nella grande maggioranza. Egli scrittori si pronunzia no dapprima per il trentenneio, quindi per tre anni, a rendere meno gravi gli impacci per il commercio".

(39) Cfr. STOLFI, supra nota 25, p. 187-188. Pero como -- afirman RIPERT Y BOULANGER, supra nota 9, p. 1979: -- "...la simple présomption de propriété donnait bien - au possesseur le rôle de défendeur dans le procès en revendication intenté par la vrai propriétaire, mais n'empêchait pas celui-ci de triompher, s'il agissait -- pendant les délais de l'usucapio".

posesión equivale al título" (40), correspondiendo al actor probar la ausencia del título presumido. Pero posteriormente, y utilizando la misma expresión, los magistrados del Châtelet de París, fueron más allá y "falseando" el sentido del artículo 182 de la costumbre de París - que regulaba el conflicto entre el depositante y los acreedores del depositario- negó directamente y a partir de la primera mitad del siglo XVIII, el derecho de reivindicar la cosa (41) por parte del propietario, si aquella había sido enajenada por el depositario a un tercero (42) (43).

-
- (40) Se desconoce la fecha exacta en que se introdujo la máxima.
- (41) Debemos observar, que la irreivindicabilidad no desapareció totalmente durante la recepción romana; persistió en el "droit coutumier", "...y esta persistencia -dice GOMEZ ACEBO, supra nota 26, p. 211- servirá de hilo sutil para que sobre él, en alarde circense de equilibrista, pase la regla "En fait des meubles, possession vaut titre", al Código de Napoleón...".
- (42) En este sentido afirma MENGONI, supra nota 22, p. 64, que: "Il passo avanti, compiuto nella prima metà del secolo XVIII dalla giurisprudenza dello Châtelet, consiste nel rifiuto di estendere la nozione di furto -- all'appropriazione indebita (abuso di fiducia commesso dal dante causa del possessore attuale).
- (43) MELON INFANTE, supra nota 35, p.40 y ss.; señala tres distintos procedimientos por los cuales se luchó contra la reivindicación mobiliaria: "a) Ante el silencio de la mayoría de los textos, los prácticos entendieron aplicable a la usucapión mobiliaria el plazo de treinta años. Como dejar abierta durante tanto tiempo la vía reivindicatoria era mantener y prolongar absurdamente una situación de incertidumbre jurídica, el primer remedio que se aplicó fue reducir los plazos usucaptorios, con lo cual el propietario sólo podía ejercitar la acción durante un tiempo mucho menor. b) Se intentó condicionar la reivindicación, procedente entonces tanto contra el adquirente de cosas confiadadas como contra el adquirente de cosas robadas o perdidas a un derecho de rescate a favor de dicho adquirente (a este derecho nos referimos en el Capítulo -

Estas dos fases vividas por la máxima, explican la razón de su doble significado: como presunción de propiedad - y, simultáneamente, como un mecanismo para adquirir la propiedad de una cosa (44).

Los redactores del Código Napoleón, se encontraron de frente con este principio, que había sido aceptado en forma general, y lo consagraron, sin necesidad de ninguna demostración, en el artículo 2279, con la misma fórmula, demasiado breve y llena de imprecisión (45).

No hay duda de que en la máxima persisten unidos los susodichos efectos; el uno no tiene porqué excluir el otro. Se trata de dos reglas diferentes; cada una con su función propia, ambas de gran importancia. Y no se trata tampoco de una mutación de la regla, que ha de ser una norma proce-

(cont. de la pág. anterior)

2^a). c) Estos dos remedios vistos, uno por excesivamente tímido y el otro porque no consiguió generalizarse, apenas si remediaron la inestable e insegura posición de los adquirentes de cosas muebles. Eran precisamente medidas más enérgicas; éstas consistieron en la supresión de la acción reivindicatoria en los casos en que el depositario, como datario, arrendatario, etc., enajenase la cosa a él entregada a un tercero que la adquiriese de buena fé".

(44) VALIN, citado por Ripert y Boulanger, supra nota 9, p. 978, contemporáneo de Bourjon, poniendo de manifiesto la influencia germánica en la nueva jurisprudencia, decía: "Ce dernier (le propriétaire) n'a pas le droit de suivre la chose (...) la raison est qu'il a entièrement suivi la foi de ce dépositaire et que cette confiance ne peut pas nuire à un acheteur de bonne foi".

(45) Es oportuno el juicio de HERNANDEZ GIL, supra nota, - 29, p. 136, cuando expresa que: "Porque el saber jurídico se nutre más de grandes generalizaciones que de especificaciones terminantes. He ahí la inmensa virtud de los llamados "principios", y también su enorme peligro: el peligro de lo apodíctico".

sal, se convirtió en una sustantiva (46).

Con el efecto sustantivo de la máxima, o "adquisición a non domino", como se denomina modernamente, se retornó, en cierta forma, al Derecho francés vigente antes de la recepción del Derecho romano (47), y que como sabemos, se encontraba sometido a la influencia del Derecho germánico.

Decimos que "en cierta forma" se retornó al Derecho francés antiguo, porque, -si bien se estableció la irreivindicabilidad -se hicieron innovaciones de gran importancia. Concretamente, se exigió la buena fe al accipiens; de otra forma se encontraba expuesto a la acción reivindicatoria - del propietario (48). Asimismo y es lo más destacado, se -

(46) Así lo pretende MENGONI, supra nota 22, p. 65, en una referencia fugaz.

(47) Cfr. DUSI, B., Istituzioni di Diritto civile (4ª ed. Giappichelli, Torino, 1945) I, p. 256. En este sentido ROCA SASTRE, supra nota 25, afirma que: "El sistema de la Gewere penetró en Francia y a través de ciertas evoluciones quedó el supuesto regulado en el artículo 2279 del Código civil francés". Refiriéndose a los principios germánicos sobre la posesión de muebles, sostiene VALDEAVELLANO, supra nota 25, p. 33 que: "...constituyen la razón histórica del principio llamado de Bourjon (?) al resumir éste la jurisprudencia del Châtelet de París, en fait de meubles, possession vaut titre, recogido por el artículo 2279 del Código de Napoleón...". Más referencias en este sentido en FERRARA, L. Diritto privato attuale (2ª ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1948) p. 403; de SEMO, G., Elementi di diritto privato (Giuffrè, Milano, 1960) p. 330.

(48) Lo que obedeció -señala MONTEL, supra nota, 24, p. 304, a la influencia de los principios romanos sobre la usucapión (Sobre este punto, véase más ampliamente el Capítulo 3º).

confirió el derecho de propiedad al adquirente, quien antiguamente gozaba sólo de una situación de mera inatacabilidad.

Ajenas a las concepciones germánicas, estas transcendentales modificaciones, surgieron a raíz de las exigencias del comercio de mercancías, cada día urgido de mayor seguridad y rapidez, por el valor e importancia social que asumieron los bienes muebles (49) (50). En fin, el principio; "En

-
- (49) Observa STOLFI, supra nota 25, p. 189, que: "Dalla storia della norma (...) si trae il curioso insegnamento, che due opposti concetti hanno condotto al medesimo risultato. Allorchè infatti la proprietà mobiliaria era ritenuta vilis (...). Invece nel diritto moderno la -- proprietà mobiliare ha ricevuto un enorme sviluppo -- dell'industria, e si è sentita la necessità di a cogliere il vecchio principio, ma per una ragione opposta, -- perche cioè bisognava rendere sicuro il commercio dei mobili". Recogemos también la opinión de MEGGIONI, supra nota 22, p. 48, cuando dice que: "Sorti nell'ambito di un ordinamento ormai superato dalla presa di -- coscienza della distinzione tra proprietà e possesso e dal conseguente riconoscimento al proprietario come tale di una tutela processuale indipendente della violazione della Gewere, quei principi furono rielaborati sul terreno del diritto sostanziale per la protezione della sicurezza del traffico mobiliare": "A veces, en efecto, --dice HERNANDEZ GIL, supra nota 29, p. 142-- se relaciona la regla de que la posesión equivale al título con la escasa estimación económica que en su día merecieron los bienes muebles: Tal pudo ser la -- causa impulsiva originaria. Más no cabe duda que la -- subsistencia de la regla no ha quedado subordinada a lo que acaso fuera la situación inicial; ya que su generalizado desarrollo coincide con el incremento cuantitativo y económico de los bienes muebles":
- (50) La situación económica de Francia durante el siglo XVIII, era especialmente próspera: En este sentido -- SAINT GERES, Joseph-Jean-Vivien, La influence de la valeur des meubles sur le Code civil français, Tesis, Univ. D'Alger, Alger, 1926 p. 70, nos dan la siguiente información: "En 1789, la situation économique de la France était prospère, elle importait pour 654.365.000 francs et exportait 438.477.000 francs:

materia de muebles, la posesión equivale al título", ha --
sido, no solamente, un producto de la persistente influen-
cia de los conceptos germánicos (51), en sus luchas con el De

(cont. de la pág. anterior)

Dans ce chiffre les opérations avec les Colonies
françaises d'Asie, d'Afrique et d'Amérique jouaient un
grand rôle..."

"Les exportations (...) portaient sur les boissons
et comestibles pour 227.283.000 francs, sur les produits
fabriqués 156.589.000 francs, les drogues 3.407.000 -
francs, les matières d'or et d'argent 1.487.000 francs
(...) C'était donc là une masse mobilière considérable -
qui se trouvait en circulation, elle laissait supposer
des maisons de commerce importantes, de grosses créan-
ces et dettes, en un mot un ensemble imposant de fortu-
nes et valeurs mobilières".

En otro lugar dicen (p. 11-12) que: "Ce sont d'une
part les arts mécaniques qui se sont développés; des fi-
latures ont été établies en France pour le coton; la --
laine et le chanvre; le tissage des étoffes s'y est --
amélioré; la bijouterie, l'orfèvrerie restent une spé-
cialité de la production nationale; des fabriques de
machines de précision, lunettes, horlogerie ont été -
créées".

Más adelante afirman (p. 57) que: "L'adage "Res -
mobilis res vilis" (...) ne figure nulle part dans les
travaux préparatoires (del Code), rien détonnant à ce-
la, il n'a plus aucun sens ce n'est à cette époque qu'un
souvenir historique. Toutes les mesures, différenciant
le traitement infligé aux meubles de celui appliqué -
aux immeubles proviennent de la nature différent de -
ces deux genres de biens, et non d'une notion de --
valeur".

- (51) A estas concepciones se refiere WIEACKER, supra nota -
4, p. 184, definiéndolas como "islas" en el Derecho -
alemán, " (...) gustosamente influenciadas por la costum-
bre y el sentimiento jurídico", que no sucumbieron con
la recepción del Derecho Romano.

recho romano, sino además, un reflejo de las vicisitudes - socio-económicas de la época (52); "(...) es una regla (...) formada por el sedimento de vivencias y consideraciones -- prácticas" (53), en síntesis, un producto de una acumulación histórica (54).

III.- Como se habrá podido observar, la función de mayor transcendencia de la máxima, es la llamada "adquisición a non domino" (AND en lo sucesivo).

Esta denominación no hace referencia a una categoría - jurídica unitaria, sino a un elemento presente en una serie heterogénea de supuestos de hecho, que en la práctica concurren a un mismo fin: la tutela de la seguridad de los terceros y del interés colectivo por la seguridad en la circulación de bienes (55).

Se trata de un mecanismo legal particularísimo, en virtud del cual se adquiere la propiedad de una cosa, u otros derechos reales sobre ella, sin el consentimiento del

(52) En este sentido expresa HERNANDEZ GIL, supra nota 29, p. 135 que: "Posiblemente el punto de máxima incidencia de la realidad socio-económica en la posesión se encuentre en los especiales efectos conferidos a la posesión de bienes muebles cuando, con el concurso de la buena fe, determina directamente la adquisición de la propiedad (...)"

(53) Esta afirmación procede de HERNANDEZ GIL, supra nota, 29, p. 137.

(54) Ibid.

(55) Cfr. MENGONI, supra nota 22, p. 1.

propietario y de persona no legitimada para disponer de la cosa o para constituir derechos en la misma. Es lo que llamaríamos, una adquisición "anómala" (56) frente a los restantes modos de adquirir derechos (57).

- (56) Cfr. ROCA SASTRE, supra nota 25, p. 263. En este sentido también SACCHETTI, F., La c.d. "probatio diabolica" nell'opposizione dei terzi assoggettati all'esecuzione (art. 1153 CC) publicado en la Riv. Trim. di -- Dir. e Pro. Civ., 1958, p. 674.
- (57) Enfatizando la importancia de la AND, SEGRE, G., Sui casi con templatati dall'art. 708 del Codice Civile, nota a la sentencia de Casación de 23 de Julio de 1918, publicada en la Riv. Dir. Comm., 1919, p. 40-41, manifiesta lo siguiente: "Ora, quando si pensi alla straordinaria importanza pratica della materia e agli enormi interessi in conflitto che sono in giuoco, quando si pensi alle gravissime conseguenze giuridiche a cui possono dar luogo al riguardo le succesivi alienazioni in buona o mala fede da parte della stessa persona o di suoi rappresentanti, o le alienazioni anche in buona fede compiute da altre persone, o gli abusi di fiducia, o le truffe, o furti, o gli smarrimenti, o i disguidi, per cui una cosa é rimessa a persona diversa da quella a cui era destinata, tanto basta persuaderci che il regolare opportunamente questa materia è uno dei compiti più gravi e difficili che si impongono al legislatore e all'interprete. Ma uno sguardo, anche fuggitivo, agli innumerevoli casi che si porge la vita quotidiana, nella casa, nella bottega, nei campi, nell'officina, nello stabilimento, nell'ufficio pubblico e privato, (...) ci rivela anche più tutta l'importanza della materia e la delicatezza somma dei problemi da risolvere. Basta aver presenti, per citare qualche -- esempio, gli innumerevoli casi che si verificano nella pratica quotidiana: il deposito volontario, la consegna in custodia di oggetti anche de sommo pregio e valore, e di facile smarrimento, ad artefici, la consegna ad operai, domestici, commessi di utensili, di -- oggetti, della casa, di merci, il deposito a la custodia, affidata anche momentaneamente, di veicoli che possono essere di grande valore, e di bestie da tiro e da soma, o l'abbandono di animali, utensili, legname od altro in aperta compagnia, la custodia dell'abitazione affidata a portinai o ad altra persona durante più o meno lunghi periodi dell'anno, la spedizione private, in una colla frequenza degli smarrimenti, delle appropriazioni, dei disguidi, la presenza di oggetti

La calificación de "non dominus", o no propietario, no concierne a un sujeto en sí, sino a un sujeto en cuanto es parte de un negocio de disposición, que tiene por objeto un derecho del que el enajenante no es titular. Se trata, de un concepto que pertenece a la dinámica del derecho. Es un concepto correlativo, no tanto con el de dominus, como con el de tercer adquirente (58).

El "non dominus", no es simplemente un "no titular", - sino, además, quien no está legitimado para disponer de la cosa. Quien se encuentra autorizado por el propietario para transmitir derechos en carácter, por ejemplo de mandatario, es un "non dominus", pero está legitimado para contratar con terceros quienes adquieren "a domino". La autorización del mandante excluye objetivamente la ilegitimidad del acto de enajenación. La adquisición es en estos casos derivativa y se produce en virtud de un poder de disposición atribuido al no titular, estando el efecto de la negociación fundado sobre la voluntad del propietario y no en la del non dominus.

Quien enajena una cosa sin estar legitimado por el propietario, frecuentemente estará en posesión de ella en calidad de mediador posesorio del dominus. Partiendo de este supuesto, son tres los intereses que concurren: el del propietario desposeído; el del mediador posesorio-enajenante y el del tercer adquirente. Se presentan dos relaciones -- yuxtapuestas, en las que un mismo sujeto participa en ambas: el mediador posesorio. En la primera de ellas y median

(58) Cfr. MENGONI, supra nota 22, p. 1; FONT-BOIX, supra - nota 24, p. 1610.

te un convenio, una parte entrega a la otra un bien mueble con la obligación de resituirlo en un plazo determinado -- (59), v.g., si la cosa se entrega en depósito, en arriendo, en usufructo, etc. En la segunda, el mediador posesorio, - aparentando propiedad en la cosa, la enajena, bien sea mediante una compraventa, permuta, etc., o también puede ser, como veremos en su oportunidad que constituye un derecho - real limitado, v.g. un usufructo, uso o lo ceda sin tenerlo, o constituya un derecho de prenda, según se reconoce en la doctrina moderna (60) y expresamente en varias legislaciones (61).

Una vez cumplidos los requisitos legales, que encuentran variantes en los distintos Derechos, se adquiere ins-

-
- (59) Cfr. GUZMAN LEIVA, C., La mediación posesoria, Tesis (inédita), Universidad Complutense de Madrid, 1977, - págs. 45 y ss y 530.
- (60) Cfr. ALBADALEJO, M., Usacapibilidad del derecho de -- prenda, publicado en Rev. Der. Not., IV., abril-junio 1954, p. 110; SANZ, A., La prenda sin desplazamiento, publicado en el Anuario de la Ad. Matr. del Notl, Madrid 1945, T. II., p. 158; PENA, supra nota 32, p. 745 y ss.; GOMEZ ACEBO, F., La hipoteca de establecimiento mercantil, publicado en la Revista de Der. Mer. -- XIX, núm. 55, 1955, p. 137 y ss. ROCA SASTRE, supra nota 25, p. 293, distingue entre adquisiciones a non domino "traslativas enajenativas", si el tercero adquiere el derecho de propiedad, y adquisiciones "traslativo-constitutivas", si lo que adquiere sobre el de recho subjetivo ajeno es un gravamen.
- (61) Cfr. art. 1153 del CC. italiano; art. 933 del CC. -- suizo; parágrafos 932, 1.032 y 1.207 del CC. alemán.

tantáneamente el derecho sobre el cual se ha convenido (62).

La AND conlleva un rompimiento de las estructuras tradicionales en materia de derecho de propiedad (63); en el tanto exista este mecanismo adquisitivo, el derecho de propiedad sobre los bienes muebles (no inscribibles en registros especiales) está condenado a ser un derecho relativo (64); el propietario que se desprenda voluntariamente de un bien mueble de su propiedad, entregándoselo a un mediador posesorio, se verá de pleno derecho privado de él, sin haber dado su consentimiento, por un tercero (65), que de bue

(62) En este mismo sentido CANDIAN, A., Instituciones de derecho privado (Uteha, México, 1961) p. 398; MESSINEO, F., Manual de Derecho civil (Ejea, Buenos Aires, 1954) p. 1954) p. 351; BRANCA, G., Instituzioni di diritto privato (6ª ed. Zanichelli, Bologna, 1975) p. 228.

(63) La doctrina moderna del derecho inmobiliario, defiende la función social de la tierra, en contraposición con el criterio individual y egoísta de la propiedad como derecho absoluto. Entre lo más reciente de la doctrina italiana puede verse en este sentido a SANTORO-PASSARELLI, F., Proprietà privata e funzione sociale (Cedam, Padova, 1976); UGO NATOLI, La Proprietà (2ª ed. Giuffrè, Milano, 1976) p. 199 y ss.; DE VITA, A., La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea -- (Giuffrè, Milano, 1974) p. 163 y ss.; CONSTANTINO, M. Contributo alla teoria della proprietà (Jovene, Napoli, 1967), p. 77 y ss.; COCO, G. Crisis ed evoluzione nel diritto di proprietà (Giuffrè, Milano, 1965) p. 207 y ss.; PUGLIATTI, S. La proprietà nel nuovo diritto (Giuffrè, Milano, 1964) p. 107 y ss.

(64) En este sentido SALEILLES, supra nota 7, p. 410; véase también el comentario de VALLET de GOYTISOLO, J., La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil publicado en Estudios sobre derecho de cosas (Ed. Montecorvo, Madrid, 1973) p. 484 y ss.; ANCROS GUARDICOLA, M., La protección al comprador de buena fé de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fé, publicado en el Anuario de Derecho civil, Madrid, 1972, p. 203.

(65) "No se trata -dice HERNANDEZ GIL, supra nota 29, p. 140 de invertir los términos de la protección con ventaja -

na fé adquiere la cosa, de quien la poseía en su nombre, y la enajena (66).

Sin embargo, conforme a la tradición germánica recogida en el art. 2279 del Code,, puede ocurrir que un adquirente de buena fe, se encuentre obligado a restituir una cosa a quien le fue sustraída o había perdido hacía tiempo, luego de lo cual, aquella pudo haber circulado por muchas manos antes de llegar al actual poseedor, quien sólo puede oponer, si es el caso, el vencimiento del término que el propietario tenía para el ejercicio de la reclamación (a este plazo nos referimos en el Capítulo 2º).

Buscando ampliar la seguridad del tráfico de muebles, la legislación italiana ha suprimido la reivindicación de bienes sustraídos o perdidos (67), solución a la que parece, -

(cont. de la pág. anterior)

para las conductas moralmente reprobables. La posesión (que se exige al adquirente) y la buena fe atemperan los radicalismos".

(66) Ya vimos que la realidad social ha impuesto esta solución. En este sentido sostiene HERNANDEZ GIL, A., Comentario a la sentencia de 19 de junio de 1945 publicado en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio-agosto, 1947, p. 400, que: "La regla de quenadie puede transmitir el derecho que no tiene es perfecta - en el orden moral individual (y, por supuesto, en el orden lógico). Pero al ponerse en contacto con los factores sociales y económicos que la Justicia y el Derecho tienen que incorporar a su regulación, sin dejar de estar vigente como norma general, no puede, sin embargo, erigirse en norma absoluta".

(67) MENGONI, supra nota 22, p. 81 recuerda la crítica particularmente severa, según la cual el artículo 1153 - del Código Civil italiano, al establecer la irreivindicabilidad de los bienes sustraídos o perdidos, " ... sarebbe un tardo frutto delle filosofie di stampo volontaristico, dominante dal culto del dinamismo vitale, che furono all'origine dell'ideologia fascista". El -

irá cediendo terreno la posición tradicional, en esta materia que, como vimos establece la reivindicación ilimitada (al menos durante un plazo), de los muebles sustraídos o perdidos, obstaculizando el libre tráfico de bienes.

La solución del conflicto de intereses (68), se convierte en un problema político, es decir de política legislativa.

(cont. de la pág. anterior)

art. 367 del CC. austriaco y el parágrafo 935 del BGB, disponen la irreivindicabilidad de las cosas sustraídas o perdidas si han sido adquiridas en subasta pública.

- (68) Los intereses en pugna, expone AMOROS, supra nota 64, p. 196 son los siguientes: "1. El interés perfectamente ilícito del verdadero propietario para no perder su dominio por los actos indebidamente realizados de otra persona: el que vende como propio lo que no es suyo. 2. El interés, igualmente digno de tutela, del comprador que cree que su vendedor era dueño (...) al ser prácticamente imposible esa prueba dominical, para no ser privado de la cosa que compra. PUGLIATTI, citado por ROCA SASTRE, supra nota 25, p. 266, plantea el conflicto en términos más amplios; hace énfasis en la contraposición del interés o exigencia individual con el interés o exigencia colectiva. La primera encuentra plena tutela en el reconocimiento pleno de la voluntad del titular del derecho subjetivo, la segunda, que debe resultar por completo sacrificada por la plena tutela de esta voluntad, reclama a su vez su tutela; aunque sea a costa del sacrificio más o menos grave de la otra. Refiriéndose a esto mismo, sostiene HEDEMANN, J., Tratado de Derecho civil (Ed. Revista de Der. Privado, - Madrid, 1955) II- p. 182, que: "... cada uno tiene detrás de sí intereses mucho más poderosos: el propietario anterior, todo el ordenamiento jurídico de la propiedad, en el cual si le privamos de su dominio no más que porque hay un tercero "de buena fé", abrimos una brecha profunda. Pero el tercero tiene a su favor todo el mundo vital del tráfico jurídico, que no puede permitir disputas nacidas de una relación de propiedad oculta y que sale a la luz a trasmano (...) con el ejercicio de la acción reivindicatoria".

Observa MENGONI, (Curso de Derecho Civil en la --

La circulación mobiliaria exige: rapidez, confianza, - seguridad, crédito, buena fe y sencillez de formas. Considerando estos factores, sólo un derecho dinámico es el único apto para regularla. A un derecho de esta índole obedece la existencia de la AND. Si la ley viniera en auxilio del anterior propietario, se favorecería una relación estática, lo que a los ojos del legislador, no guarda tanta importancia como la tiene la protección de las adquisiciones (69), logrando mantener con ella, la fluidez del intercambio de bienes, motor de la vida económica de la sociedad actual. La dinamicidad es una característica de la moderna evolución jurídica (70). Un Derecho Dinámico es aquél que evita

(cont. de la pág. anterior)

Universidad Católica de Milán, p. 61-62, citado por - Font-Boix, supra 24, p. 1606) que la protección a los adquirentes va en beneficio del interés del mismo propietario en una fácil negociabilidad de la cosa. Una aplicación estricta de la regla, "nemo plus iuris...", vendría en perjuicio del propietario. En este sentido observa también SACCHETTI, supra nota, 57, p. 669, que: "... il danno che il dominus risente è sufficientemente compensato dal l'aumentato volume degli affari. Ciò -- spiega, dunque, la tendenza del diritto moderno, non solo ad aggiungere nuove ipotesi di acquisto a non domino, quanto a snellire superflua e da ogni finzione - giuridica che non rispon ad una adeguata necessità economica".

(69) En este sentido afirma PUIG BRUTAU, supra nota 32, p. 128 que: "... el Derecho moderno dispensa la más fuerte protección al tráfico jurídico, es decir, a la seguridad de las transacciones por encima de las adquisiciones ya realizadas".

(70) Cfr. HERNANDEZ GIL, A., El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil y una posible interpretación de "privación ilegal"; publicado en la Rev. de Der. Pri., junio de 1944, p. 500 Véase también a VALLET de Goytisolo, supra nota 64, p. 50, SCAEVOLA, supra nota 32, p. 157; MARTY y RAYNAUD, -- supra nota 5, p. 381.

la inmovilidad del centro de protección jurídica. Dinamismo es movilidad. Esto implica el desplazamiento del centro de protección jurídica, que acompaña en todo momento a la circulación de los bienes, con lo cual ésta se desenvuelve en un ambiente de seguridad jurídica, recayendo la protección en última instancia en el adquirente de buena fe (71).

Se habrá podido deducir que el concepto de "seguridad jurídica", es de aplicación relativa; v.g. se puede también entender por seguridad jurídica a la que razonablemente tiene derecho todo propietario, en el sentido de no estar expuesto a ser despojado involuntariamente de sus bienes, por un adquirente a non domino (72).

-
- (71) Cfr. HERNANDEZ GIL, última obra citada, p. 500. En un trabajo posterior, Nuevas perspectivas para la interpretación del artículo 464 del Código Civil (Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid 1976) -- p. 44 hace la siguiente observación: "El centro de protección jurídica cambia de lugar, no de signo. Ahora -- bien, como en la ideología capitalista, la propiedad, antes que institución social, es a modo de la preeminencia y la personificación del propietario, se piensa que este pierde la batalla. Y así es. Pero la gana -- otro propietario. El conflicto se produce dentro de la misma institución".
- (72) "La Seguridad jurídica -expone GONZALEZ RODRIGUEZ, M. Bocetos Jurídicos: I. La buena fe y la seguridad jurídica, publicando en el Anuario de la Aca. Matr. del -- Not. Vol. III, 1959, p. 346 se puede entender en un -- doble sentido: bien en el de que quien adquiere un de -- recho no puede ser privado de él por causas anteriores no conocidas de el mismo; o bien, que no pueda ser -- privado por causas anteriores no consentidas y conocidas. Los dos aspectos del principio no pueden darse -- conjuntamente, porque son incompatibles. Generalmente, se entiende por seguridad jurídica sólo un aspecto, o sea, el de que nadie puede ser privado de su derecho sin su consentimiento o, al menos, sin la existencia -- de causas conocidas previamente por él. Sin embargo no creemos que se pueda negar, que el otro aspecto también

Lo que sucede es que en cada época, son distintos los intereses que se juzgan más dignos de protección (73). En el momento en que decaiga la importancia del tráfico, desaparecerá la AND (74).

-o-o-o-o-o-o-o-

La AND, según la opinión dominante, es una adquisición originaria y no derivada (75).

(Cont. de la pág. anterior)

representa una fase de seguridad jurídica, aunque más usualmente se le designe bajo el nombre de necesidades del tráfico.

Pues bien; al reglamentar la materia de transmisión de propiedad hay que escoger entre uno y otro principio y la alternativa sólo puede decidirse pensando "qué intereses son los que más conviene proteger". La AND es el producto de una decisión entre estas dos alternativas: se ha preferido la seguridad dinámica a la seguridad estática.

(73) Cfr. GONZALEZ RODRIGUEZ, ob. cit. p. 349. Asimismo sostiene HERNANDEZ GIL, supra nota 71, p. 47-48, que:

"Unos y otros hablamos de la seguridad del tráfico. - Para unos esa seguridad consiste en que todo quede como está y la cosa retorne al propietario. Para otros - la seguridad radica en que no surjan demasiadas preocupaciones en torno al propietario retrospectivo en la circupación de los bienes muebles. Podrá sustentarse que con la adquisición a non domino el finalismo es más dinámico y fluyente".

(74) Cfr. GONZALEZ RODRIGUEZ, supra nota 72, p. 348.

(75) Es originaria para ABADALEJO, M., Derecho Civil (5ª ed. Bosch Barcelona, 1977) III-1; MENGONI, supra nota 22, p. 7, 64; GENTILE, F., Possesso e azioni possessorie - (Jovene, Napoli, 1974) p. 194; BRANCA, supra nota 62, p. 22 8; BARASSI, L. Instituciones de Derecho civil (Bosch, Barcelona, 1955) II-p. 109; MARTY y RAUNAUD, supra nota 5, p. 381, MONTEL, supra nota 24, p. 301; H. MAZEAUD supra nota 12, p. 251. Estima HERNANDEZ GIL, supra nota 70, p. 351, que: "La adquisición se verifica no porque el enajenante tenía, sino aunque no lo tenía y tampoco adquiere el tercero de buena fe el derecho del enajenante porque no obstante no corresponder a él, pertenecía a otro - el verdadero titular - si no a pesar de corresponderle a éste. Para ROCA SASTRE,

Si el tradens no es propietario, ni está facultado --

(cont. de la pág. anterior)

supra nota 25, p. 298-299, aún cuando el verus dominus no tuvo la iniciativa de la enajenación a non domino, "... él es el verdadero "dominus negotii" (...) en el sentido de pasar a él, el papel de transferente. Aunque la adquisición "a non domino" se mantenga firme "ex lege", el derecho deriva no del "non dominus", sino del "verus dominus" y el negocio produce a favor de éste todos sus efectos consiguientes. Por su parte - CANDIAN, supra nota 62. p. 483, refiriéndose al Código Civil italiano (art. 1153) opina que la ley, por los requisitos que exige, "... parece preocuparse de reproducir un mecanismo de sucesión en la relación, del todo análogo a aquél que opera en la adquisición hecha frente al que tiene derecho de propiedad y por eso mismo parece contemplar y adoptar esquemáticamente, el típico modelo de la sucesión en la relación". Asimismo para WOLFF, supra nota 24, p. 463: "La adquisición de la propiedad derivada del que no es propietario, se basa en una "transmisión" de la propiedad; el adquirente de buena fe no obtiene una propiedad nueva, sino "la" propiedad del propietario anterior, el enajenante transmite ilícita pero eficazmente un derecho -- ajeno". Más adelante dice y asumiendo una posición intermedia, que: "Pero el adquirente no será sucesor jurídico del propietario anterior (...). El adquirente es sucesor del derecho de posesión del enajenante". Sintetizando lo expuesto, podemos afirmar con FORT-BOIX, supra nota 24, p. 1622, que quienes admiten la adquisición derivativa, se basan fundamentalmente, en que la ley concede en los supuestos específicos que contempla la AND, un poder de disposición al non dominus sobre el derecho ajeno. Quiénes están conformes con la adquisición originaria, estiman que no se produce un -nexo causal o una sucesión, por falta de poder dispositivo del tradens. El derecho que subentra en el patrimonio del adquirente no es el derecho del titular, sino un derecho distinto, una titularidad ex-novo. Sin embargo, SACCO, R., Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno tremuto (Vallardi, Milano, 1960), p. 124, estima que se debe estar a lo que diga el derecho positivo, estando la solución del problema en relación con la subsistencia o no de los gravámenes que existen en la cosa. "La soluzione del problema -dice-(...) potrebbe anchenon essere identica per tutti le fattispecie...".

Por último DIEZ DEL CORRAL, J., La adquisición a non domino de bienes muebles en el Proyecto de la Ley Uniforme y comparación con el sistema español, publi-

para disponer de la cosa, es evidente que el accipiens obtiene la propiedad de la cosa a título originario. Para la seguridad del tráfico de bienes muebles, hasta que sea mantenida la adquisición y no la transmisión (76).

En virtud de recibir el adquirente un derecho originario se extinguen con la adquisición, los gravámenes que pesaren sobre la cosa (77), y por este motivo, tampoco afectan al adquirente los vicios del derecho del anterior propietario (78), ni la resolución del mismo.

El accipiens, consiguientemente, puede rechazar, no solo la acción reivindicatoria, sino aquella acción dirigida al reconocimiento de un derecho real limitado a favor de un tercero (79).

(cont. de la pág. anterior)

cado en el Anuario de Derecho civil, 1972, fasc. 1^a - opina que: "...entendemos que la cuestión es puramente terminológica y que no tiene trascendencia práctica -- alguna". Sin embargo, es de importancia en la medida en que de ello dependa la extinción o no de los gravámenes anteriores.

(76) Cfr. VALLET de GOYTISOLO, supra nota 64, p. 482.

(77) Lógicamente, como señala WOLFF, supra nota 24, p. 467, si la AND destruye derechos reales del calibre del de propiedad, con mayor razón se puede acabar con otros - menores, que gravan la cosa. Véase en este sentido también a SALEILLES, supra nota 7, p. 112; CANDIAN, supra nota 62, p. 483; MESSINEO, supra nota 62, p. 352. Tanto en el CC. italiano, art. 1154, como en el BGB, parágrafo 935, se establece expresamente la extinción de los gravámenes.

(78) "In ordine all acquisto a titolo derivativo -dice TORRENTE, A., Manuale di diritto privato (9^a ed. Giuffré Milano, 1975) p. 79 valgono la regola nemo plus iuris... e resolutio iuris dantis..., se cade per un vizio qualsiasi il diritto del precedente titolare viene meno anche quello di chi da lui abbia acquistato".

(79) Así por ejemplo, como indican PLANIOL y RIPERT, supra nota 8, p. 334, no prosperaría la acción confesoria - de usufructo, si la cosa se hallaba gravada por este -

El único requisito es que el adquirente desconozca, - sin negligencia, la existencia de dichos gravámenes (80).

1) Señalábamos anteriormente que, a partir del siglo - XVII, surgió en Francia la tendencia a proteger a los adquirentes de bienes muebles. Este sentir debemos asociarlo con el desarrollo del capitalismo, con el comercio en gran escala, primera etapa de la evolución capitalista, que provocó la comercialización de la vida económica (81).

A medida que la vida económica se incrementaba y las transacciones mobiliarias se multiplicaban, los inconvenientes de la concepción romana, apropiada sólo para una sociedad poco comerciante, se hicieron sentir cada vez más. Fruto del incesante comercio, los muebles -desde principios del siglo XVIII - fueron perdiendo su caracter de "res vilis" (82).

(cont. de la pág. anterior).

- derecho real. Asimismo, debe estimarse con GENTILE, supra nota 75, p. 195, que se extinguen los privilegios especiales o derechos personales de goce a favor de terceros, salvo si tenían publicidad, la cual hace incurrir al menos, en culpa grave al accipiens.
- (80) La doctrina es unánime en este sentido: V. a PEÑA, supra nota 32, p. 739; TRIARCHI, P. Istituzioni di diritto privato (3ª ed. Giuffrè, Milano 1977) p. 596; RESCIGNO, P. Manuale del diritto privato italiano (3ª ed. Jovene, Napoli, 1977) p. 503. Es acertada la observación de WOLFF, supra nota 24, p. 467, en el sentido de que los gravámenes de derecho público no se extinguen; así mismo cuando sostiene que si el adquirente conoce un gravamen pero no en toda su extensión, se libera de la parte ignorada.
- (81) En este sentido SOMBART, citado por Henri See en Orígenes del Capitalismo moderno (Fondo de Cultura Económica, México, 1972) p. 81. "El comercio -señala SEE, ob. cit p. 97- se consideraba de tal modo la fuente de la actividad industrial que en los siglos XVII y XVIII la palabra "comercio" designa tanto a la industria como al comercio propiamente dicho"
- (82) Refiriéndose al papel que históricamente han desempeña

Los comerciantes, que vivían del tráfico de mercancías, resultaban gravemente perjudicados por el hecho de que las adquisiciones no fueran seguras, por verse los compradores frecuentemente perturbados por propietarios anteriores, los que, según se disponía en numerosos derechos, conservaban la acción reivindicatoria en todo supuesto en que podían resultar afectados con la adquisición de un tercero. No se puede desconocer el interés de los adquirentes en gozar de seguridad en las transacciones, pero para la época, la influencia de los comerciantes, entendidos como sector socio-económico, se hacía sentir más y fue sin duda más decisiva en la creación de las nuevas regulaciones.

El legislador francés del siglo XIX, presionado por estos intereses, se vió en la necesidad de otorgar especial protección al tráfico jurídico de bienes muebles (83), protección que venía ejerciendo, como sabemos, el Châtelet de

(cont. de la pág. anterior).

do los bienes muebles, PLANIOL y RIPERT, supra nota 8, p. 71, explican que: "En la Edad Media la tierra era el único elemento sólido de riqueza. La industria estaba poco desenvuelta y el comercio tenía escasa actividad, los metales preciosos, abundantes bajo el Imperio romano, escasearon. Los muebles tenían por tanto poca importancia. No se les consideraba como parte seria del patrimonio, y de ahí que circulara el adagio "Res mobilis, res vilis", o "vilis mobilium possessio" (...). Desde el siglo XVIII, se ha operado un cambio económico considerable en la composición de las fortunas privadas. El desenvolvimiento del comercio y de la industria, la reacción de los valores de bolsa y otros valores mobiliarios, han dado en pocos años a los muebles, una importancia imprevista (...). El adagio "Res mobilis, res vilis", ha dejado de ser cierto".

(83) Al respecto GONZALEZ RODRIGUEZ, supra nota 72, p. 347, nos dice que: "La protección del tráfico surge de un -

París desde hacía más de medio siglo, aplicando la máxima. "En materia de muebles, la posesión equivale al título". -- Ante esta coyuntura, el legislador francés no dudó en introducir esta regla al derecho positivo. El artículo 2279 del Código Napoleón es el fruto de ese momento histórico, a -- través del cual se evidencia toda una realidad socio-económica.

Con la AND, se vino a expeditar la circulación de bienes muebles. Ello fue así en la medida en que se mantuvo -- firme la adquisición realizada por terceros, impidiendo a -- propietarios anteriores reivindicar la cosa, quienes en rea

(cont. de la pág. anterior).

modo casi obsesivo en los Códigos (...). En efecto, -- cuando la economía dineraria, o mejor, capitalista, empieza a tener auge, la protección del dinero signo de todo bienestar y señorío, fue lo que más interesó a los economistas y legisladores. Que las inversiones fueron seguras; que el capital en su circulación encontrara -- la máxima facilidad y protección". Observa SOMBAERT, supra nota 81, p. 81, que "...las relaciones económicas tendían a ser "impersonales", gracias al desarrollo del "valor papel", ya se trate de letra de cambio pagadera al portador, de acciones y obligaciones lanzadas al mercado por sociedades mercantiles o industriales o por el Estado o finalmente de billetes de banco". Es probable que por esta razón CARBONNIER, supra nota 13, p. 470, afirme que: "No es improbable que la innovación se relacione con la expansión financiera (...) más que con la comercial: Holanda, nación más financiera, adoptó -- la regla antes que Francia". Pero no hay duda de que: "El aumento del capital mobiliario, -- como ha señalado SEE, supra nota 81, p. 47 -- dió (...) nacimiento a nuevas ideas económicas, al sistema mercantilista y al -- proteccionismo". No está de más recordar la observación de COTTINO, G., Diritto Commerciale (Cedam, Padova, -- 1976) Ips. 18 y 19, en el sentido de que: "... il capitalismo è stato ed è un particolare assetto della -- proprietà (...) traducesi in un ordinamento globale, con una sua filosofia economica, con una sua espressione normativa (...)"

lidad carecían de legitimación para incoar el reclamo al haber sido adquirido el derecho de propiedad por el tercero. Consecuencia natural de esta protección fue el incremento de la confianza y la seguridad en las adquisiciones (84), o lo que se denomina, certeza del tráfico o certeza dinámica. El adquirente recibió el beneficio inmediato: estaría a cubierto de la reclamación del anterior propietario, no obstante, insistimos en que la institución tuvo raíces más profundas que se aferraban a una idea: la utilidad que representaba para los comerciantes, que constituían una verdadera clase social en la sociedad de entonces.

Aumento del comercio, correlativa protección jurídica a las transacciones de bienes; es esa la dialéctica de la institución (85).

-
- (84) En este sentido sostiene TRABUCCHI, A., Istituzioni di Diritto civile (21ª ed. Cedam. Padova, 1976) p. 441 -- que: "Il principio che, attraverso il Code civil (art. 2279) (...), ci viene de un'antica regola del diritto germánico, forma uno dei cardini fondamentali della vita del traffico. Esso viene giustificato dalla esigenza sempre più viva di un rapido e fiducioso commercio di beni mobili". Véase también en este sentido a LETE DEL RIO, J., Protección del derecho de propiedad (Univ. de Santiago de Compostela, 1975) p. 55. Para COVIAN, citado por Lete del Río, ob. cit. mismo lugar, la desprotección de los adquirentes, tendría como consecuencia la paralización de los cambios y la destrucción de la confianza.
- (85) Este mismo fenómeno explica el porqué se estableció, - desde hace varios siglos, el principio de libertad de formas en los contratos. En este sentido indica GALGANI, F., Storia del diritto commerciale (Società editrice il Mulino, Bologna, 1975). p. 42, que: "Il nuovo principio della libertà di forme interpreta le apposte esigenze di moltiplicazione della ricchezza di valorizzazione del capitale commerciale: il mercante deve, incessantemente, comperare e rivendere; il suo profitto"

"La norma jurídica -dice López Calera (86)- está radicada en la historia misma, en una situación histórica concreta. No se dan normas jurídicas fuera de un contexto social determinado pues son un producto nacido de las manos del hombre y para los hombres que viven en una sociedad determinada. Pero si la norma jurídica es una realidad social también lo es política, por el hecho mismo de surgir dentro de un Estado determinado". En otro lugar (p. 25) dice que: "... la norma no es un producto aséptico del Estado en la realización de un ideal de justicia entre los hombres, sino que se presenta frecuentemente como un producto político, - un resultado de una política concreta de unos dirigentes po

(cont. de la pág. anterior)

è tanto maggiore quanto più compera e rivende; l'interesse che il diritto protegge è l'interesse alla conclusione degli affari: non l'interesse di chi vendendo, disponedi un proprio bene o l'interesse di chi, comperando, dispone del proprio danario, ma l'interesse di chi, professionalmente, compera e rivende e tiene, comunque, alla conclusione della maggiore quantità possibili di affari". Más adelante señala que: "I contratti sono regolati in modo da favorire la più libera e la più rapida circolazione della ricchezza: l'autonomia contrattuale non ha altro costume, ed è arbitre di determinare il contenuto e la sorte del vincolo contrattuale; al solo consenso delle parti è attribuito affetto traslativo della proprietà. Il favore per la conclusione degli affari porta a ridurre a quattro (consenso della parte che si obbliga, sua capacità di contrattare, un oggetto certo, una causa lecita) i requisiti in dispensabili per la validità dei contratti".

(86) LOPEZ CALERA, N., La estructura lógico-real de la norma jurídica (Ed. Nacional, Madrid, 1969) p. 71.

líticos o de unos grupos políticos, lo cual es innegable, - necesario y esencial a la misma naturaleza de la norma jurídica por nacer en y para la vida social. Esto es, el fundamento inmediato de la norma no se encuentra en un puro - afán de justicia o de coordinación social, sino que se presenta como el resultado de una determinada y particular -- orientación política, inspirada por el mismo Estado o por un grupo de presión". Concluye diciendo que por el hecho de que la norma responda a unos condicionamientos políticos no significa injusticia para su contenido, "... con tal de que esa política no sea expresión de unos intereses particulares".

El fundamento político de la AND fue y es, la protección del tráfico jurídico de bienes muebles (87) y subyacente a esta protección, se encuentran dos distintos móviles: por una parte la protección de los comerciantes, poderoso sector socio-económico de la sociedad moderna y por la otra parte, la protección del interés colectivo en gozar de seguridad en las adquisiciones. Se protege el tráfico jurídico de bienes, porque a través de esa protección se tutela a - ambos intereses (88).

(87) Véase en este sentido a SACCO, R., In tema di acquisto a non domino di buona fede ex art. 1153 Cod. civ., nota a la sentencia de la Corte D'appello di Genova de 14 de junio de 1948, en Riv. di Dir. Comm., 1949, p. 53; WEILL, supra nota 14, p. 407, 412; DELESTRAINT, P., Droit civil (5ª ed. Dalloz, París, 1977) p. 48.

(88) Es probable que por esto GONZALEZ RODRIGUEZ, supra -- nota 72, p. 345 duce si la máxima se debe a comerciantes o a juristas. "Téngas presente -dice- que (...) en el siglo XVIII -siglo de iniciación capitalista- se --

Al haber surgido la AND bajo el impulso del comercio y de los comerciantes, hay quien estima más apropiada esta institución para la circulación mobiliaria mercantil (89).

A pesar del papel secundario que un día pudo tener el interés colectivo, hoy en día la protección de este interés, en la moderna sociedad de consumo, es de vital importancia y su tutela no admite distinciones sobre todo si se fundan en las calidades del enajenante. Si al introducirse la AND, prevalecieron los intereses del comercio (90) actualmente interesa proteger ante todo, a la colectividad, a la sociedad en general, en donde el progreso, se produce,

(cont. de la pág. anterior)

consolidó el principio, en muebles la posesión...". -

(89) En este sentido WOLFF, supra nota 24, p. 45.

(90) "El Derecho comercial ha escrito PASUKANIS, E., Teoría general del derecho y marxismo (Labor, Barcelona, 1976), p. 55- indica al Derecho civil la dirección que ha de seguir". El Art. 2279 del Código Napoleón, es -- una prueba de la comercialización del Derecho civil. Opina así GALGANO, supra nota 85, p. 96. Esta tendencia se manifiesta, según este autor (lugar citado) en: "... una intrínseca trasformazione dei codici civili, i quali denotano essi stessi un certo, e sia pura desuguale, grado di "commercializzazione", accogliendo nel proprio seno, e anche per le regolamentazione dei rapporti fra non commerciali. Così è (...) già nel codice civile francese, il quale accoglie, inoltre, la regola "possession vaut titre", svincolata dall'antico presupposto dell'acquisto presso un commerciante...". Según indica este autor (p. 44), ya en el siglo XIII, mediante algunos tratados comerciales entre Venecia y Francia (en el año 1207) y más tarde entre Florencia y Génova (en 1413), el adquirente de un bien robado no estaba expuesto a la reivindicación, si adquirió la cosa de un mercader público. "L'interesse protetto -agregato non è, manifestamente quello del compratore la cui buona fede non merita protezione maggiore è quello del mercante: chi compera da lui deve, comunque, comperare bene, perché, ogni perplessità del compratore sarebbe

como señala Hernández Gil (91), bajo el solo signo del incremento incesante en tres planos: producción, cambio y consumo, lo que justifica y da derecho a cualquier adquirente (si cumple los requisitos legales) a una adquisición segura, en especial si se considera el gran valor adquirido por los muebles, muy superior al que tenían durante el siglo XVIII (92). A pesar de que el mayor volumen de adquisiciones correspondía a las hechas a los comerciantes, la propia naturaleza de los muebles y su rápida circulación (aun en manos de particulares), justifica, como veremos más adelante, la protección de los adquirentes, sin hacer distinciones de ninguna especie.

En síntesis, se debe afirmar, que la AND tiene como ob

(cont. de la pág. anterior)

una remora all'acquisto e si rifletterebbe negativamente sul volume delle vendite...". Véase también de Galgano su Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (Cedam, Padova, 1977) I- p. 30, en donde reitera estas afirmaciones.

(91) HERNÁNDEZ GIL, *supra* nota 71, p. 43

(92) En este sentido escriben los H. MAZEAUD, Parte 1ª-I, - p. 288, que: "La prodigiosa extensión de la industria y del comercio (del siglo XIX y XX) debía dar a la fortuna mobiliaria importancia mucho mayor que en la época de la redacción del Código civil. Piénsese en los capitales considerables invertidos en la gran industria, en las minas, en la construcción de ferrocarriles, en las carreteras, en los canales y en los puertos, en las instalaciones eléctricas (...). Opina también AMOROS, *supra* nota 64, p. 192, que: "Lo cierto es que la circulación en masa de bienes muebles, la socialización de la riqueza y la visión actual de la sociedad de consumo, prestan un perfil especial al tráfico de los bienes muebles y postulan la necesidad jurídica de un tráfico seguro y rápido".

jetivo la tutela de la circulación de bienes muebles, a través de la cual protege un interés social, lo que se realiza independientemente de la calidad de los sujetos que intervengan en la transacción, recibiendo el tráfico de bienes en esta forma, una protección más amplia (93).

2) El fundamento legal utilizado por la jurisprudencia del Châtelet de París, derivaba, según indicamos anteriormen

(93) Para HERNANDEZ GIL, A., Comentario a la sentencia de - 19 de junio de 1945, publicado en la Revista General - de Legislación y Jurisprudencia, T. 182, julio-agosto de 1947, págs. 396-397, el tráfico jurídico de bienes muebles no queda salvaguardado por el Derecho mercantil, por cuanto: "a)... se refiere (el Derecho mercantil) solo a las cosas muebles de determinada clase o en determinado proceso de circulación -las mercaderías- y en tanto sean vendidas en almacenes o tiendas, no pudiendo decirse respecto de las demás cosas muebles o de las mismas en otra fase de su proceso circulatorio, se den razones para someterlas a un régimen diametralmente opuesto, pues aparte de que en este punto las -- fronteras entre la actividad propiamente mercantil y simplemente civil son arbitrarias, creemos que las determinantes de la adquisición a non domino y las excepciones a la reivindicación, arrancan, no ya del comercio en cuanto actividad regulada por el Código de Comercio, sino de la naturaleza económica de las cosas - muebles y del tráfico jurídico en general; b) Porque - cada día se va poniendo más de manifiesto que el Derecho mercantil, en muchos aspectos, es sólo una ágil -- avanzadilla del Derecho civil, más lento en sus evoluciones, pero con tendencia, uno y otro, a buscar su -- unificación antes que su disociación". c) Por último, pone de manifiesto este autor, que existen específicas diferencias entre el régimen de los muebles del CC y - del Código de Comercio. Este es mucho más radical que el primero pues para dar lugar a la AND no tiene en -- cuenta si la desposesión del titular fue o no involuntaria o si el tercero era de buena fe (?), con lo cual se establece una profunda diferencia con el Código civil, justificada por las exigencias del tráfico mercantil, en sentido estricto.

te, de la aplicación del artículo 182 de la costumbre de -
París (94), pero la base reacional de la máxima, consistió,
según Bourjon (95), en que: "... qu'on ne possède ordinaire
ment que les meubles dont on est propriétaire; ainsi la pos
session doit donc quant a ce décider; c'est le meilleur gui
de, et quel autre pouvoit-on prendre seans tomber dans la -
confusion? De-la il s'ensuite que dans la thèse générale,-
les meubles ne sont sujets à la suite".

En la "Exposición de Motivos" del Código Napoleón, --

(94) Si el reivindicante alegaba que la cosa había sido ena
jenada por un simple depositario, aún así, "... la su
reté du commerce -dice Bourjon, citado por Ripert y Bou
langer, supra nota 9, p. 478- ne permet pas qu'on écoute
una telle revendication". La presunción de titularidad,
que asistía al poseedor, no podía ser vencida por el -
reivindicante, salvo robo o pérdida de la cosa. Perc
como sostiene MENGONI, supra nota 22, p. 64: "...ques
ta limitazione della porva contraria travolge il concet
to di presunzione (relativa) di proprietà. Se il riven
dicante non prova di essere stato derubato della cosa
e di averla smarrita, la presunzione in favore del pos
sessore è assoluta, irrefragabile, ossia non è più una
vera presunzione, bensí un effetto sostanziale del pos
sesso comportando l'Adiectio domini al possessore sen
za bisogno del decorso del termino di usucapione, Il -
possessione (di buona fede) delle cose mobili, di cui il
rivendicante non fornisca la prova della perdita invo
lontaria, non semplicemente fa presumere l'esistenza
di un titolo di acquisto derivativo della proprietà,
ma è stesso titolo originario di acquisto: in questo -
senso appunto, "il possesso vale titolo".

(95) Citado por RIPERT y BOULANGER, supra nota 9, p. 480.

Bigot de Premenau (96), aduce argumentos similares, fundamentalmente, el que de ordinario no se tiene un título diverso de la posesión para las cosas muebles. Así también, que las necesidades del tráfico y su propia naturaleza, les llevan a una rápida circulación, libre en lo posible de todo formalismo, como lo es la redacción de documentos. El único signo exterior del derecho del propietario, es, por lo común, la posesión de la cosa. Quien compra un objeto mueble no tiene modo de verificar los alcances del derecho de su transmitente. El que adquiere, en la mayoría de los casos, se encuentra obligado a confiar en la apariencia de titularidad del poseedor. Además, lo más frecuente es que sea imposible identificarlos y seguirlos en su circulación de mano en mano. Hay que evitar litigios que serían innumerables, y la mayoría de ellos excederían en costo al valor de las cosas litigiosas. Sin embargo, en caso de pérdida o de robo, se admitió la reivindicación del propietario. Fiel a las orientaciones germánicas, el Derecho francés hizo la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria de la cosa. Se estimó que si el transmitente (non dominus) había recibido la cosa de manos del propietario, éste había incurrido en una imprudencia, sancionable con la expropria-

(96) Citado por ALAS, supra nota 5, p. 71. Véase también a GENTILE, supra nota 75, p. 194-195; MENGONI, supra nota 22, p. 60-61; MONTEL, supra nota 24, p. 305 y ss; LOMONACO, supra nota 24, p. 534 y ss.

ción de la cosa, en beneficio del tercer adquirente. Si por el contrario, le había sido sustraída o la había perdido, - no se le reprocha una conducta negligente o ligera.

Observando estos argumentos, podemos extraer tres importantes, que aun cuando se encuentren ligados entre sí, mantienen ciertas características específicas que permiten aislarlos. Ellos son: la ausencia de formalismos; la apariencia de titularidad en el transmitente y la desposesión voluntaria del propietario.

El tráfico de bienes muebles ofrece características -- particulares, en consideración a la propia naturaleza de estos bienes, pero también respecto a la utilidad que ellos - mismos reportan, es decir, de acuerdo con el tipo de necesidades a que están destinados a satisfacer, todo lo cual influye decididamente en la forma de ser de su circulación.

Los muebles se prestan, por lo general, para un fácil transporte, lo que unido al desarrollo de los medios de comunicación, permite adquirirlos rápidamente, en circunstancias, en las cuales las partes no llegan siquiera a conocerse, v.g. en las adquisiciones realizadas mediante teléfono u otro medio afín.

Por otra parte, los muebles están destinados a satisfacer necesidades primarias e inmediatas en la mayor parte de los casos, por lo cual su adquisición no admite dilación alguna, si es que se desea que rindan su verdadera utilidad.

Consecuencia natural de estas circunstancias, es la -

tendencia de los bienes muebles a circular rápidamente, pasando por muchas manos en un espacio de tiempo muy corto. La rapidez es, por consiguiente, esencial. Partiendo de esta base, carece de sentido y resulta perjudicial para el tráfico, exigir la demostración, por parte del enajenante, de su titularidad en los bienes que se piensan adquirir.

Si los muebles han de circular velozmente, todo aquello que retarde las adquisiciones, fuerza motora de la circulación, constituye un estorbo. La omisión o disminución a un mínimo, de las formalidades es, desde este punto de vista, imprescindible. De aquí se desprende con claridad el derecho del adquirente a no ser perjudicado, cuando contrate de buena fe, con quien no sea el propietario de los bienes (98).

(98) En este sentido BRANCA, supra nota, 62, p. 228, refiriéndose a las normas que regulan la AND en el Código Civil italiano afirma que: "In realtà la natura stessa dei mobili, ad il loro destino che li spinge a circolare rapidamente, la radice di queste norme". Cfr. MAZEAUD, supra nota 12, p. 243; LETE DEL RIO, supra nota 84, p. 59. A contrario sensu, si el adquirente, por no reclamarle a su causante que le presente los títulos que -- prueben su derecho en la cosa estuviera expuesto a ver que se reivindicaba el objeto de entre sus manos por el verus dominus, no serían posibles, como lo destacan COLLIN y CAPITANT, supra nota 32, p. 628, la seguridad y la rapidez de las transmisiones. En la práctica, como expone TRIMARCHI, supra nota 80, p. 595 y 596, puede suceder lo siguiente, a falta de una protección como la que ofrece la AND: "... l'acquirente non diventerebbe proprietario se non dopo avere posseduto la cosa per dieci anni: tanti, infatti, sarebbero necessari per l'usucapione di buona fede (art. 1161 CCI); nel frattempo egli sarebbe esposto all'azione di rivendicazione del proprietario. Chi volesse acquistare una cosa mobile senza correre questo rischio e volesse perciò assi-

Toda averiguación dirigida a comprobar la veracidad del derecho de quien afirma tenerlo, será inútil y dilatoria. El futuro adquirente se vería obligado a realizar verdaderos esfuerzos para determinar la existencia y los límites del derecho que ostenta el transmitente; investigación engorrosa, que amenazaría la eficacia de las transacciones mobiliarias. Se debe suprimir toda formalidad en la medida de lo posible, como lo sería la inscripción registral, apta para cierto tipo de bienes, cuya naturaleza lo permite (v.g. los medios de transporte automotor).

Si el adquirente no debe ser perjudicado por la falta de pruebas de la titularidad del enajenante, ello es así, - siempre y cuando él ignore la falta de legitimidad del transmitente.

(cont. de la pág. anterior)

curarse che essa appartenga effettivamente a chi la -- offre in vendita dovrebbe ricostruirne le vicende giuridiche anteriori. Più precisamente, dovrebbe risalire la catena degli atti di trasmissione della proprietà - fino a chi sia stato proprietario a titolo originario, (p. es.: l'industriale che ha fabbricato la macchina, il pittore che ha dipinto il quadro) o quanto meno, -- per il periodo di tempo necessario per l'usucapio... Ebbene, mentre per i beni immobili una simile ricerca e in qualche misura facilitata dalla loro immobilità-spaziale e dall'esistenza dei registri immobiliari, - per i beni mobili non iscritti in pubblici registri, essa presenterebbe difficoltà notevoli e spesso insormontabili, a causa della mancanza di pubblicità della difficoltà di identificare le cose mobili, della rapidità della loro circolazione e della normale mancanza di documentazione scritta dei loro trasferimenti. L'esigenza di rapidità e sicurezza della circolazione mobiliare richiede perciò che si attribuisca un diritto inattaccabile a chiunque abbia acquistato convinto di avere che fare con il proprietario". Véase también a TORRENTE, supra nota 78, págs. 360-361.

Supletoriamente a la prueba del título, debe concurrir otra circunstancia que impida al accipiens conocer la verdadera situación jurídica de la cosa, bajo el peligro de que, si no es así, la AND no se consolide, como veremos en el -- tercer capítulo. Llegados a este punto debemos referirnos a la "apariencia jurídica".

La noción de "apariencia jurídica", alude a una situación de hecho, respecto a un sujeto concreto que aparece como legitimado frente a otro, para disponer de un derecho de terminado en relación con una cosa, cuando en realidad no es así. A partir de estos supuestos, se ha desarrollado por la doctrina, la "teoría" de la apariencia jurídica (99).

La aparición de esta teoría, ha estado determinado, señala Bérnago (100), por: "La multiplicidad y extensión de las actividades humanas, favorecidas por la velocidad de las comunicaciones, la concentración de los negocios en los grandes núcleos urbanos, la economía de tiempo y actividad, la "prisa", en fin que es signo desgraciado de estos días...". Todo esto ha dado motivos para estimar que, quien adquiera

(99) Entre sus más destacados expositores véase a LADARIA - CALDENTEY, J., Legitimación y apariencia jurídica -- (Bosch, Barcelona, 1952); JORDANO BAREA, J., La teoría del heredero aparente y la protección a los terceros, publicado en el Anuario de Derecho civil, 1950, III-F. 3^a, p. 688; BERGAMO LLABRES, A., La protección a la -- apariencia jurídica en el derecho español, publicado en Anales del Colegio Notarial de Valencia, 1945, p. 241; TALON MARTINEZ, F., La apariencia jurídica, en Rev. - Jur. de Cataluña, 1952, p. 367; MARTINEZ RUIZ, L. La -- apariencia en el derecho privado, en Rev. de Der. Pro. 1951, p. 923; MOSCHELLA, R., Contributo alla teoria - dell'apparenza giuridica (Giuffrè, Milano 1973.)

(100) BERGAMO LLABRES, supra nota 99, p. 241.

de buena fe con base en una situación aparente, debe ser protegido por el ordenamiento (101).

El adquirente no tiene otra alternativa: a falta de -- prueba de la titularidad sobre la cosa, debe atenerse a lo que ante sus ojos se presenta y que será la causa de su buena fe. Si esta apariencia no coincide con la situación real (102), el adquirente no debe resultar perjudicado. A esto -- se debe que gran parte de la doctrina sostenga que la AND se fundamenta en la apariencia y en la buena fe consecuencia de aquella (103).

-
- (101) En este sentido TALON MARTINEZ, supra nota 99, p. 368, dice que: "Según los autores que propugnan la teoría de la apariencia jurídica, el legislador, en determinados casos, protege los intereses del tercero de buena fe, aun cuando, la situación jurídica no posea los presupuestos y requisitos normales (...), necesarios para hacer surgir en él un derecho o una expectativa que hayan de ser protegidos (...)". MARTINEZ RUIZ, supra nota 99, p. 924, opina que: "Si se anularan siempre las adquisiciones realizadas sobre la base de una situación aparente, se tendría el constante temor de -- que la situación aparente pudiera no corresponder con la situación real. Este temor entrabaría la fluidez -- requerida para las transmisiones mobiliarias; se contrataría con el propietario tomando grandes precauciones, quien, además, en definitiva, vendría a sufrir -- las consecuencias".
- (102) Expresa MARTINEZ RUIZ, supra nota 99, p. 923, que (...) la apariencia es el aspecto o parecer exterior de una persona o cosa. En este sentido es aparente lo que -- aparece y se muestra a la vista. Tal es lo que pudiera llamarse apariencia, como cualidad física. Aquí la apariencia supone la revelación de una realidad. Pero también la apariencia se puede referir, y es el caso que interesa, como aquello que parece y no es. Así algo aparente es lo que es contrario a la realidad; la -- apariencia oculta la realidad"; O sea, como ha señalado HERNANDEZ GIL, supra nota 32, p. 426, los terceros piensan, que lo que ante ellos se presente corresponde a la realidad, equiparando erróneamente, el mundo real con el jurídico. En otras palabras, lo que parece se sobrepone a lo que es.
- (103) Véase en este sentido a MARTINEZ CALCERRADA, L., Adqui-

De primer momento no hay problema en admitir que la --
apariencia jurídica será siempre un presupuesto de la AND -
(104). Lógicamente, si a pesar de todo, el adquirente cono-
cía la falta de legitimidad del tradens, la apariencia que-
dará destruida, por lo que apariencia y buena fe no siempre
son situaciones correlativas.

La moderna doctrina italiana es de otra opinión: esti-
ma que la AND constituye un especial efecto de la tutela del
ordenamiento hecho de la posesión adquirida de buena fe (105).

(cont. de la pág. anterior)

sición de la posesión de bienes muebles del artículo -
464 CC., publicado en la Revista de Derecho Privado, -
1977, p. 699; MELON INFANTE C., La posesión de los --
bienes muebles adquirida de buena fé equivale al títu-
lo (Bosch, Barcelona, 1957) p. 133; FUIG PENA, F., Com-
pendio de Derecho civil español (Nauta, Barcelona, 1956)
II-p. 194; MAZZA, M. Nota a la sentencia de Cass. civ.
de 21 de febrero de 1951, publicada en la Riv. Giur. --
Dir. Civ., 1951, p. 719; SAVATIER, R., Cours de Droit -
civil (10ª ed. Lib. Gen. de Droit et de Juris., Paris,
1947) I, p. 363; LADARIA CALDETEY, supra nota 99, --
p. 131, 148; SANZ, supra nota 60, p. 161.

(104) En este sentido WOLFF, supra nota 24, p. 452.

(105) Refiriéndose a la norma que regula la AND en el CCI. -
(art. 1153), MOSCHELLA, supra nota 99, p. 67, expresa -
que: "Secondo un'opinione non mai completamente sopi-
ta, infatti, questa norma dovrebbe riguardarsi come un
applicazione dell'istituto dell'apparenza giuridica, -
in quanto il possesso sarebbe ivi di titolarità.

Tuttavia, pur non dimenticando che questa inter-
pretazione della regola "possesso vale titolo" é stata
la base de partenza della stessa teoria dell'apparenza,
rimane a nostra evviso più fondata l'opinione oggi domi-
nante che vede in essa una manifestazione della tutela
del possesso a cioè del potere difatto conseguito dall'
adquirente sulla cosa (...). Más adelante concluye --
(p. 68) que: "(...) in una parola, resta confermato --
che nell'art. 1153 ciò che rilieva non è il possesso -
dell'alienante, come manifestazione di titolarità, ma
il possesso dell(adquirente, come conseguita signoria
sulla cosa (...). En este mismo sentido v. a MENGONI,
supra nota 22 , p. 113; MONTEL, A., La disciplina del

Nosotros creemos también, que la apariencia no constituye - el fundamento racional de la AND, al menos desde un punto - de vista tradicional; en la medida en que se mantenga el de recho del propietario a reivindicar la cosa si fue desposeído involuntariamente de ella, la apariencia no podrá ser la ba se de la adquisición, pues tanta apariencia puede ofrecer - el ladrón como el estafador y aun así no se protege al ad-- quirente de buenafe del primero. Esto mismo descarta que sea la buena fe del adquirente la causa de la adquisición. La - buena fe, per se, no es nunca creadora (106). La buena fe, no es un hecho jurídico, lo que no da margen para fundar en ella a la adquisición (107).

La supresión por parte del legislador italiano de 1942 de la reivindicación de los muebles sustraídos y perdidos, va en abono de un fundamento unitario de la AND, fundamento cuya determinación ofrece mayores dificultades en los orde-- namientos que permiten la reivindicación en tales circuns-- tancias.

Estimamos, que en los sistemas que mantienen la excep-- ción a la irreivindicabilidad, en caso de sustracción o pér-- dida de la cosa, a fin de determinar el fundamento de la --

(cont. de la pág. anterior)

possezzo nel codice civile italiano (2ª ed., Giappi-- chelli, Torino, 1951) p. 95. En la doctrina española mantiene esta tesis GOMEZ ACEBO, supra nota 26, p.217.

(106) En este sentido véase a GOMEZ ACEBO, F., La buena y - la mala fe. Su encuadramiento en la teoría general del derecho y su eficacia en el Código civil, publicado en la Revista de Derecho Privado, febrero de 1952, p. 125

(107) Cfr. ROCA SASTRE, supra nota 25, p. 272, LADARIA CAL-

AND, se debe recurrir a las fuentes históricas de la máxima "En materia de muebles, la posesión equivale al título", y con ellas al Derecho germánico en el cual no bastaba la apariencia de dominio del enajenante para que el tercero se encontrara protegido de la reivindicación del propietario; era además indispensable que el propietario se hubiera desposeído voluntariamente de la cosa, entregándosela al detentador infiel, según se comentó en otra oportunidad. Incluso se protegía al adquirente de mala fe (108), ante quien la apariencia no existía, aunque posteriormente, el Derecho francés, vimos que le exigió la buena fe para ser protegido.

Al entregar la cosa al poseedor infiel, el propietario transmitía la "investidura" de su derecho y con ella el poseedor se encontraba legitimado para disponer eficazmente de la cosa (109). En la actualidad, en que a diferencia del Derecho germánico antiguo, se reconoce la posesión a nombre de otro, la entrega de una cosa mueble a un mediador posesorio, no produce esta legitimación, cuando más, facilita una legitimación aparente.

Si posteriormente y durante el siglo XVIII, se realiza

(cont. de la pág. anterior)

DENTY, supra nota 99, p. 146. Para MENGONI, supra -- nota 22, p. 355, la buena fe no es un hecho constitutivo de la AND, sino que la mala fe es un hecho impeditivo de la misma.

(108) Cfr. FONT-BOIX, supra nota 24, p. 1615.

(109) Cfr. GONZALEZ, J., Estudios de derecho hipotecario y civil (Sección de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1948) II, p. 38 y ss.; DE LOS MOZOS, J., El principio de la buena fe (Bosch, Barcelona, - 1965), p. 115.

ron algunas innovaciones, v.g. se concedió la propiedad al tercero, quien tenía antes un simple derecho a rechazar -- la reivindicación, no hubo ninguna variante en lo que tocaba a la sustracción y pérdida de la cosa; se mantuvo la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria de la misma (art. 2279 CCF.). A pesar de la apariencia del tradens y de la buena fe de los terceros, siempre que se haya comprobado la sustracción o pérdida de la cosa, el propietario, como regla, podrá reivindicarla de cualquiera, durante el plazo que la ley señale para ello.

Los motivos para mantener esta distinción, tienen menos fuerza que en el Derecho germánico, en el sentido de -- que en este Derecho el poseedor se encontraba legitimado para disponer de la cosa, no así en el Derecho moderno. Actualmente, la entrega de la cosa a un poseedor infiel, implica que el propietario ha actuado con negligencia (lo que también se pensaba en el Derecho germánico), comportamiento, que según se ha estimado, merece sanción, consistente la misma en la pérdida del derecho de propiedad (110) y por otra parte, crea una situación aparente, que hace caer en engaño al tercero.

El hecho de haberse atemperado los efectos que en el -- Derecho germánico se atribuían a la desposesión voluntaria

(110) Cfr. VALLET, supra nota 64, p. 472; WEILL, supra nota 14, p. 410; LOMONACO, supra nota 24, p. 560; JOSSEFAND, supra nota 24, p. 210; SACCHETTI, supra nota 57, p. - 668 y HERNANDEZ GIL, supra nota 93, p. 401.

de la cosa, no ha sido obstáculo para fundar en ella la --
AND. La desposesión voluntaria fue y ha seguido siendo el
fundamento racional de la AND. Es esta la regla, aunque co
mo veremos sucesivamente, existen ciertas hipótesis en que
no es posible sostener tal cosa, y más aún, veremos que es
ta división entre desposesión voluntaria e involuntaria,
ha sido descartada por la doctrina moderna y en el Derecho
positivo por el Código civil italiano.

Por el hecho de entregar la cosa a quien ulteriormente
dispone fraudulentamente de ella, el propietario ha incurrido
en una culpa grave, que si se quiere, puede revestir un do
ble matiz: al entregar la cosa al detentador que letracio
na, ha incurrido en culpa in eligendo (111); asimismo, al -
desposarse voluntariamente, facilita la formación de la apa
riencia de dominio que ostenta el poseedor ante el adquiren
te. Por esta razón el propietario debe soportar las conse--
cuencias, si un tercero de buena fe, confiado en la aparie
cia del poseedor, adquiere la cosa (112).

Existen, sin embargo, ciertos supuestos de AND, que no

(111) Cfr. COLIN y CAPITANT, supra nota 32, p. 628. En otras
palabras, como indica MESSINEO, supra nota 62, la AND
viene a ser, "(...) un estímulo indirecto, ejercido -
sobre el propietario, para escoger con cautela la per
sona a quien confía contractualmente su bien mueble;
y si él, en esto no es suficientemente cuidadoso, de
be sufrir el daño que se le origine de una eventual -
enajenación del otro (...)"

(112) No toda negligencia del propietario viene en favor del
adquirente: así, si aquél pierde la cosa o le es sus
traída por su propia imprudencia (culpa in custodiando),
no por ello se protege al tercero de buena fe. Todo -
esta, que en estas circunstancias el propietario no -

reciben una justificación apropiada si nos hemos de atener al concepto de desposesión voluntaria del propietario. Nos referimos a ciertos casos, en los cuales no resulte factible imputarle un comportamiento negligente al propietario, pero aún así, se protege a los terceros adquirentes de buena fe, v.g. quien enajena una cosa en calidad de heredero, creyendo que la misma se encontraba en el patrimonio del causante, cuando en realidad éste la poseía como depositario, usufructuario, etc. Incluso, el causante pudo ser un hombre de honestidad a toda prueba, que hiciera inútil imputarle siquiera un mínimo de imprudencia al dominus, al desprenderse de la cosa. Al no imputársele culpa al propietario, la desposesión voluntaria no juega el papel que normalmente tiene en esta materia. En el caso concreto de la enajenación realizada por el heredero del depositario, en diversos códigos se contempla expresamente la protección de los terceros (v. art. 1935 del Código Napoleón y el 1778 del Código civil español), produciéndose una verdadera AND (113).

Para fundamentar la AND se recurre también a la idea de riesgo (114), con lo cual, sin salirse del concepto de desposesión voluntaria, se puede justificar la AND del tercero en condiciones tales que resulte imposible imputarle negligencia al propietario. Dicho en otras palabras, toda -

(cont. de la pág. anterior)

ha procedido conscientemente; no se ha prestado voluntariamente a facilitar la apariencia de propiedad en el transmitente, de manera que se considera que no debe verse despojado de su derecho.

(113) Así opina JORDANO BAREA, supra nota 99, p. 690

(114) O de "autoresponsabilidad objetiva", como la llama -

desposesión voluntaria implica un riesgo para quien la hace. Al constituir la posesión en beneficio de otro, se ha considerado que, el propietario, como un riesgo que corre, acepta las consecuencias que respecto a terceros de buena fe -- puede originar esta exteriorización del derecho, y, por consiguiente, de esta forma de publicidad, obra y actuación suya (115).

Pero todas estas explicaciones, que resultan ser un -- tanto alambicadas, son insuficientes para justificar ciertas hipótesis, en que igualmente se protege a los adquirentes -- de buena fe. Por ejemplo, el caso tan frecuente en el cual el propietario se ve obligado a despojarse de una cosa en -- virtud de una orden judicial de embargo o por una entrega -- coactiva a un funcionario público, o si se adquiere, por vía de herencia, una cosa gravada con un usufructo en favor de quien luego dispone de ella fraudulentamente. Asimismo, -- cualquier efecto negativo que se pueda atribuir a la despo-- sesión voluntaria, no debe menos de atemperarse en caso de un depósito necesario (116). Y porqué no admitir que el proprietario ha incurrido en un error excusable sobre las cua-- lidades de aquél a quien le había confiado la cosa (117).

(cont. de la pág. anterior)

MENGONI, supra nota 22, p. 82 v. a NUÑEZ LAGOS, R. El enriquecimiento sin causa en el Derecho español (Reus-Madrid, 1954) p. 87.

(115) Cfr. SALEILLES, supra nota 7, p. 188-89.

(116) Estos casos los hemos tomado de SEGRE, supra nota 57, p. 33 y MENGONI, supra nota 22, p. 82.

(117) En este sentido objeta SEGRE, supra nota 57, p. 33, -- que: "(...) non si puo affatto riporre la ragione del

Resulta claro, que ninguna de estas circunstancias, por más que se quiera, se pueden equiparar a la pérdida de la cosa, la que permitiría darle entrada a la reivindicación.

En la medida en que la AND, venga determinada por un criterio de culpa imputable al propietario, todas estas circunstancias son dignas de consideración y, técnicamente, deberían impedir la adquisición del tercero. Así también, siguiendo estrictamente el criterio de culpabilidad, el propietario debería estar obligado a probar la ausencia de culpa "in vigilando", en los casos de sustracción y pérdida de la cosa y tendría derecho a probar la ausencia de culpa, al haber confiado la cosa al tradens. No se explica tampoco, por qué la culpa leve (omisión de la ordinaria diligencia) se toma en consideración solamente respecto del propietario y no en lo que concierne al tercer adquirente (118).

La teoría del riesgo ha sido rebatida por Mengoni, quien aduce para ello argumentos de índole socio-económicos. En este sentido manifiesta que solamente en una sociedad primitiva, fragmentada en pequeños núcleos sociales, cada uno -- dispone de un "poder de control" sobre los demás. Esto no es así en la sociedad moderna y menos aún en la contemporánea

(cont.de la pág. anterior)

principio nella considerazione che chi affida il possesso della cosa ad altri, sa o deve sapere che gli attribuisce con ciò la potestà di disporre: questo -- infatti o è un giro di parole, per dire cioè, in altri termini che colla consegna della cosa è reso possibile al consegnatario di sottrarla alla ripetizione da parte di chi, gliela ha affidata col trasmetterla al terzo di buona fede (...).".

(118) Para todo MENGONI, supra nota 22, p. 82.

nea, en la cual el principio de la división del trabajo, impone cotidianamente la necesidad de confiar bienes propios a personas totalmente desconocidas, sin la probabilidad de perder tiempo en decidir si se puede o no confiar en esa persona (119). Este mismo argumento hace perder fuerza a la idea de culpa como generadora de la adquisición; si las necesidades de la vida económica actual, imponen a los propietarios confiar "a ciegas", en la fidelidad de otra persona, resulta contradictorio que esta confianza se vuelva luego contra ellos.

No cabe duda que el principio germánico "Wo du deinen Glauben gelassen hast, da mußt ihn suchen" (Allí donde -- has puesto tu confianza...), se revela inidóneo para dar una adecuada justificación al efecto adquisitivo de la máxima: "En muebles la posesión equivale al título". Véase también que en la misma persona en la cual el propietario ha depositado su confianza, la ha depositado el adquirente y ninguna de las dos teorías (teoría del riesgo y de la culpa) responden a la pregunta: porqué la ley tutela la confianza del tercero en la adquisición de la propiedad y no la confianza

(119) MENGONI, supra nota 22, p. 83. Con esto descarta este autor el contrargumento fundado en que el propietario tiene un mayor poder de dominar (controlar) el riesgo, que el que tiene el adquirente, en consideración a -- que el propietario puede examinar con calma la persona a la cual confiará la cosa, lo que no hará sino hasta que tenga toda la información requerida acerca de su corrección y honestidad. Esta posibilidad --se podría creer-- no la tiene el tercero interesado en la rápida conclusión de la adquisición; si perdiera tiempo indagando sobre las cualidades del enajenante co--

del propietario en la restitución de la cosa; porque éste - último y no aquél tiene que recurrir a una acción personal contra el enajenante.

Es además una posición dogmática de escaso o ningún - valor, el restringir la desposesión involuntaria al supuesto de sustracción en sentido propio. No se puede admitir - pacíficamente la existencia de una desposesión voluntaria, v.g., si el propietario entregó la cosa al tradens mediante engaños (120), sobretodo considerando la inexperiencia -

(cont. de la pág. anterior)

rrería el riesgo de perder el negocio. Pero como quedó dicho arriba, en el marco de la realidad las cosas -- son diferentes; las exigencias de la vida moderna impiden al mismo propietario la constatación de las cualidades de la persona en la cual va a depositar su -- confianza.

- (120) En este sentido expresó SEGRE, supra nota 57, p. 36 - que: "Quando si obietta che non si sa trovare nemmeno una regione sodisfacente per distinguere i casi del - furto proprio, della rapina, dell'estorsione, del ricatto, dell'essecizio arbitrario della pretesa proprie ragioni, da quello della truffa, riconosciamo che l'obbiexione non è priva di ogni base, nel senso più generale che la distinzione fondamentale fra perdita colontaria ed involontaria non è per se stessa molto soddisfacente, e forsenon le è riservato un lungo avvenire". Esta predicción se cumplió pocos años después con el nuevo Código civil italiano de 1942. En la misma -- línea se encuentra DE SEMO, supra nota 47, p. 330, cuando afirma que: "... il distinguere fra perdita volontaria e involontaria del possesso sarebbe stato sistema irrazionale, conducendo anche a negare la rivendicazione in caso di appropriazione indebita e di truffa, in cui lo spossessamento no può dirsi a rigore involontario".

de la víctima y la habilidad del estafador (121).

Sobre la base de estas contradicciones, no le fue difícil al legislador italiano suprimir la distinción entre posesión voluntaria e involuntaria (122), excluyendo en esta forma la reivindicación de los muebles perdidos y sus -- traídos (123), "(...) contraria alle esigenze di una larga y fiduciosa circolazione delle cose mobili" (124). De aquí

-
- (121) En este sentido CARBONNIER, supra nota 13, p. 474. -- Véase también a HERNANDEZ GIL, supra nota 70, p. 508, De otra opinión es DIEZ PALOS, F., Posesión de muebles y apropiación indebida, en Estudios de Der. civil en honor del Prof. Castán Tobeñas (Ed. Univ. de Navarra, Pamplona, 1969) III-p. 163, para quien la cosa estafa da si entra en el concepto de cosa confiada. "(...) -- los vicios de la voluntad implican --dice-- no que la -- voluntad no exista, sino que ha sido anormalmente formada (...) La consecuencia es que mediando engaño, no se da la inexistencia, ni la nulidad absoluta del acto o negocio jurídico, sino tan solo la anulabilidad o -- nulidad relativa".
- (122) Para mayor información véase los argumentos expuestos por SEGRE (citado por MONTEL, supra nota 24, p. 352 y ss) en la "Relazione della Commissione Reale".
- (123) "L'abolizione de questa eccezione --señala MAZZA, supra nota 104, p. 720-- (...) se è giustificata sia in quanto elimina la distinzione, irrazionale ed anacronistica tra perdita voluntaria ed involontaria del possesso, sia in quanto elimina quei dubbi e le conseguenti incertezze alle quali dava luogo la difficoltà di segnare i confini tra le due categorie di perdite (...". Véase en este sentido también a MONTEL, supra nota 105, págs. 144-145; BARASSI, L. Diritto reali e possesso (Giuffrè, Milano, 1952) p. 463. Aplicando la nueva legislación, la sentencia de App. Brescia de 16 de marzo de 1955, publicada en Giust. Civ. Massimario, 1955, 15 resolvió que: "Per l'art. 1153 CC, la proprietà della cosa mobile si acquista anche se proveniente da furto (...)"
- (124) MENGONI, supra nota 22, p. 86. Sobre el tema expone -- FERRARA, supra nota 47, p. 404, que: "Un'eccezione -- per il vecchio codice del 1865 era fatta per le cose rubate o smarrite; ma questa eccezione complicava i -- rapporti, in quanto limitava un po l'assolutezza del principio; perché ci doveva essere per lo meno un'in-

que resulte más sencillo en el Derecho italiano, el dar un fundamento unitario a la AND, que en el caso, según la opinión hoy dominante, reside en la tutela jurídica de la posesión de buena fe (125).

Por el contrario, en los diversos ordenamientos que -- mantienen la reivindicación en caso de desposesión involuntaria, es prácticamente imposible sentar un criterio unívoco que sirva de fundamento racional a la AND. No obstante, y -- aun cuando la experiencia haya demostrado la insuficiencia de los principios germánicos para justificar la AND en la -- actualidad, no por ello debemos descartarlos; en el tanto se mantenga la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria, ella será, en principio, quien decida si procede o no la AND y en ese tanto será su fundamento (126). No -- otra cosa se debe esperar, si el principio, "En materia de muebles, la posesión equivale al título", fue engendrado ba jo la influencia del Derecho germánico.

(cont. de la pág. anterior)

gine preliminare per vedere se la cosa che si ricevesa fosse di provenienza sospetta; e questa indagine si -- poteva presentare in ogni, quando si era di fronte -- all'incognito di una persona che non si conosceva".

(125) V. supra nota 105.

(126) En este sentido, refiriéndose al derogado Código civil italiano de 1865, expuso SEGRE, supra nota 57, p. 34, que: "Ma nonostante il difetto di giustificazione razionale dedotta dalla implicita legittimazione a disporre della cosa contenuta nell'affidamento, la distinzione sopra detta (desposesión voluntaria e involuntaria), é resta (...) la chiave di volta del nostro regime (...)". Véase en este mismo sentido a STOLFI, supra nota 25, p. 189; LOMONACO, supra nota 24, p. 563.

Recordemos que, como señalábamos en páginas anteriores, también la naturaleza de los bienes muebles y la forma de ser de su circulación, justifican la tutela del tercero de buena fe, lo que no obstante no la justifican si medió la desposesión involuntaria del propietario. Por este motivo y en términos relativos, vemos en la desposesión voluntaria, el fundamento principal de la AND, y concurriendo en un segundo plano, las particularidades que ofrece la circulación de bienes muebles y las características intrínsecas de éstos, todo lo cual es un razonable obstáculo para poder conocer la verdadera situación jurídica de la cosa, lo que por ende, da ocasión para proteger al tercero de buena fe.

Resumiendo, podemos afirmar con HERNANDEZ GIL (127) que la AND, se fundamenta: A) En una razón de índole ética, en cuanto el propietario contribuyó a producir la situación -- que se trata de resolver, al haber tenido un comportamiento culposo con entregarle la cosa al non dominus, mientras que el adquirente ha procedido de buena fe y sin culpa grave; B) En una razón de índole económica, derivada de la peculiar - movilidad, frecuente fungibilidad, extraordinaria circulación y difícil identificación de los bienes muebles.

En lo personal, consideramos más adecuada a la realidad la teoría de la apariencia y consecuente confianza del adquirente. La división entre desposesión voluntaria e involunta-

(127) Cfr. Supra nota 93, p. 401.

ria no refleja con propiedad el objetivo de la AND, cual es la protección del tráfico jurídico, sino que por el contrario guarda cierta contradicción con él; en la medida en que se atiende a la desposesión del propietario para conceder la propiedad al tercero, se le da importancia ante todo a la propiedad estática y no a la dinámica; el conflicto se valora fundamentalmente, en relación con la posición del propietario y no del adquirente, buscándose sancionar al primero antes de proteger al último, cuando si lo que se pretende es proteger el tráfico jurídico de bienes, se ha de tener en consideración primordialmente, la situación del adquirente (127 bis).

La idea de la apariencia jurídica como fundamento racional de la AND, ha ido tomando fuerza (salvo en la doctrina italiana) especialmente en relación con aquellas circunstancias en las cuales, atendiendo a la dogmática tradicional, no existe negligencia de parte del propietario al entregar la cosa a otro y aún así se proteger al tercero, precisamente por valorarse su posición y no la del propietario, lo cual es más acorde con la finalidad de la AND.

3) Son adquiribles a non domino los bienes muebles (128)

(127) V. *Infra* págs. 173-74 y 306"

(128) La doctrina y diversos ordenamientos admiten la AND de bienes inmuebles, si el non dominus aparecía como titular en el Registro de Propiedad. Véase en este sentido el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española y el art. 2644 del CC. italiano. En doctrina a FONT-BOIX, *supra* nota 24, págs. 1627-1628; MENGONI, *supra* nota -- 22, p. 255 y ss; CRISTOBAL MONTES, A., La adquisición registral a non domino Univ. Central, Venezuela, 1970) p. 11 y ss.

corporales (129), que estén dentro del comercio de los hombres (130) y puedan ser individualizados (131).

- (129) Cfr. MARTY y RAYNAUD, supra nota 5, p. 396; BONNECASE, supra nota 24, p. 662; JOSSERAND, supra nota 24, p. 212; COLIN y CAPITANT, supra nota 32, p. 629; HERNANDEZ GIL, supra nota 70, p. 506. Una excepción a este aspecto la constituye la AND de derechos reales limitados. El objeto de la adquisición no es la cosa en sí, sino un derecho sobre ella. En este sentido dice SAVATIER, supra nota 104, p. 359, que: "Le possesseur d'un simple droit réel sur un meuble corporel, par -- exemple, d'un droit de gage ou d'usufruit, bénéficie d l'article 2279 quoique son droit soit incorporel -- (...)".

Ofrece interés la observación de LAURENT, F., - Principes de Droit civil (3ª ed. Maresco, París, - 1978) V. XXXII, p. 588, cuando se refiere a los manuscritos, que como muebles que son, pueden adquirirse "a non domino", en el sentido de que: "Autre chose est la possession et la propriété d'un manuscrit, autre chose est le droit de publication. Ce droit appartient exclusivement à l'auteur ou à ses ayants cause, et il n'est transmis que par una convention spéciale". No se puede considerar que el derecho de publicación sea inherente a la propiedad del manuscrito. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa: Casa ción del 26 de febrero de 1919; Trib. civ. de Seine, sentencia de 15 de noviembre de 1927.

- (130) Cfr. JOSSERAND, supra nota 24, p. 212; CARBONNIER, supra nota 13, p. 515; COLIN y CAPITANT, supra nota 32, p. 630; MONTEL, supra nota 24, p. 329. Como observa STOLFI, supra nota 25, p. 197, los bienes públicos -- son imprescriptibles, pueden ser reivindicados de cualquier poseedor. No obstante para los Hermanos MAZEAUD, supra nota 12, p. 244, la exclusión de los bienes de dominio público implica un grave peligro para la seguridad de las transacciones, ya que los bienes afectos al servicio público no suelen llevar ninguna marca -- que los identifique. En esta hipótesis, el interés público que existe en la conservación por parte del Estado de dichos bienes, prevalece sobre el interés en la protección del tráfico jurídico.
- (131) Cfr. JOSSERAND, supra nota 24, p. 213, para quien además y por esa misma razón, se debe excluir el dinero. Sin embargo si llega a individualizarse no vemos obstáculo para que se acoja al régimen. Para GARRIGUEZ, J., Curso de Derecho Mercantil (7ª ed. Madrid, 1976) I-p. 428, el dinero, como cosa mueble está sometido a las reglas sobre la posesión de esta clase de cosas y por consiguiente se puede adquirir "a non domino".

Se acogen también a este régimen, los títulos valores al portador, por considerárseles bienes muebles (132); el crédito se transmite junto con el documento en que consta o sea por la tradición de mano en mano, tal y como circulaban los bienes muebles corporales.

Los bienes muebles corporales, inscritos en Registros Públicos no son susceptibles de adquirirse a non domino (133). La publicidad de que son objeto las transmisiones de este tipo de bienes, permiten a los adquirentes conocer la verdadera situación de la cosa. La ignorancia de esta publicidad es causa de culpa grave, que impide la AND. Corrientemente se someten a inscripción registral, los vehículos automoto-

(132) Cfr. MAZEAUD, supra nota 13, págs. 244-245; BONNECASE, supra nota 24, p. 662; PLANIOL y RIPERT, supra nota 8, p. 320. Señala FERRARA, supra nota 47, págs. 404-405, que: "Speciali considerazioni si fanno quando si tratta di titoli di credito, perchè (...) i titoli di credito portano incorporata in se stessi la ragione del credito, ma a causa del loro stesso rigore formalistico letterale ed autonomo, non consentono immediate indagini sulla ragione determinante del credito, ossia sul rapporto sottostante". Más adelante dice: "La equiparazione sotto quest'aspetto del titolo di credito ad ogni altra cosa mobile è più che giusta. Anche per il titolo di credito s'impone la maggior rapidità di circolazione; ed appunto perciò esso è un documento formale che porta in se stesso incorporata la ragione del credito".

(133) Cfr. TRIMARCHI, supra nota 80, p. 596; RESCIGNO, supra nota 80, p. 503; TRABUCCHI, supra nota 84, p. 443. El Código civil italiano, art. 1156, expresamente excluye este tipo de bienes del régimen legal de la AND (art. 1153 CCI.). Una aplicación práctica de este artículo, en la sentencia del Tribunal de Torino de 6 de mayo de 1947, publicada en la Riv. Giur. Circol. e Trasporti, 1947, p. 162. En la doctrina española véase a AMOROS, supra nota 64, p. 192.

res. Se trata de bienes cuya utilización reviste especial -- interés para la colectividad: contribuyen eficazmente al -- progreso social y satisfacen necesidades elementales en la comunidad, de ahí que deban someterse a un control

Si la razón por la cual no se adquieren "a non domino" los bienes muebles registrables, es por la publicidad que -- recibe el derecho de su titular, se ha llegado a admitir en el Derecho italiano que, si no se encuentra inscrito un bien mueble inscribible, el tercero que lo adquiera de buena fe, no debe resultar perjudicado si luego el enajenante no re-- sulta ser el propietario del bien (134).

(134) Cfr. GENTILE, F., La trascrizione mobiliare (Jovene, Napoli, 1961) p. 2.; MONTEL, supra nota 24, p. 333 y ss. La jurisprudencia italiana ha seguido este criterio en reiteradas ocasiones; En la App. Genova, 21 de junio de 1951, en Riv. Giur. Circ. e Trasporti, 1951, p. 802, se determinó que: "... e la ragione è ovvia, perché soltando nel caso di effettiva iscrizione -- L'acquirente ha modo di controllare con l'ispezione -- dei registri, il titolo dell'alienante e quindi non -- può giovarse degli effetti attribuiti dalla legge -- all'acquisto fatto in buona fede a non domino". Véase en este sentido también, la sentencia de Casación de 18 de junio de 1954, publicada en Foro it, 1955, I, 207; Cass. 27 de noviembre de 1954 en Foro it. Rep. 1954, voce: Autoveicolo, n. 6. El Tribunal de Catania en -- sentencia del 25 de junio de 1948, publicada en Dir. e Giurispr., 1950, p. 128, resolvió que: "L'art 1153 (AND) non è applicabile agli autoveicoli anche quando gli stessi, per ragione di carattere soggettivo, siano temporaneamente esenti da registrazione, come è nell' ipotesi di autoveicoli in uso permanente dei corpi armati dello Stato (...)". El Tribunal de Torino, en sentencia del 6 de mayo de 1947, publicada en la Riv. -- Giur. Circol. e Trasporti, 1947, p. 161, determinó que: "La irregolarità della iscrizione nei registri, fondata su un atto publico risultato in seguito falso, non vale ad escludere l'applicazione dell'art. 1156 (que -- exclude la AND de los muebles inscritos), in quanto --

Asimismo, los vehículos que por disposición legal están exentos de la inscripción, se estima en el Derecho italiano, que son susceptibles de adquirirse "a non domino" -- (135).

En una posición extrema se encuentra la opinión, según la cual la exclusión de los bienes registrables a la AND, - le da a ésta un carácter de excepción, es decir, que se aplica únicamente a los bienes no registrados (136). La mayoría de los bienes muebles son objeto de inscripción y entre -- ellos los hay tan valiosos como los registrables. La adquisición a non domino sigue cumpliendo su cometido respecto a la gran mayoría de bienes muebles.

La doctrina en general estima que las universalidades de los bienes muebles (bibliotecas, pinacotecas, la grey, - etc.), no están afectas a la AND (137); el adquirente puede,

(cont. de la pág. anterior)

ocorre a tale proposito avere unicamente riguardo alla situazione di fatto al momento del passaggio del possesso".

(135) Cfr. MONTIEL, supra nota 24, p. 334 y su artículo: "Il principio possesso vale titolo e gli autoveicoli, publicado en la obra suya citada en supra nota 105, p. 372. De acuerdo con GENTILE, supra nota 134, pág. 244-245, se pueden adquirir a non domino los siguientes - vehículos: "a) Gli autoveicoli circolanti a scopo di prova tecnica o di dimostrazione per la vendita; b) - Gli autoveicoli che circolano per le operazioni di -- approvazione e immatricolazione o si recano ai transiti di confini per l'esportazione; (...) e) Gli automezzi essentati dell'iscrizione".

(136) En este sentido SOLS GARCIA, supra nota 25, p. 124.

(137) Cfr. WEILL, supra nota 14, p. 411. El art. 1156 del - Código civil italiano, expresamente excluye la posibilidad de adquirir "a non domino" una universalidad.

sin mayores dificultades investigar y determinar su procedencia en vista del valor e importancia que guardan (138) y si no lo ha hecho, ha incurrido en culpa grave, la que es un impeditivo de la AND. Además, una universalidad no es siempre suceptible de transmisión manual, v.g., la clientela y el derecho de arrendamiento que forman parte de un establecimiento mercantil (139). La AND, justificada por la rápida circulación que deben tener los bienes muebles, no lo está -

(138) En este sentido RESCIGNO, supra nota 80, p. 503; MAZZA CANE, F., Nota a la sentencia de Casación civil de 12 de enero de 1950, publicada en Giur. Cass., 1950, n.º 83 p. 118; BELSA, Del possesso con titolo di diritto in relazione alle universalità di cose e di diritto, publicado en Giur. ital., 1903, I, 1, 723. Así también como indica TRABUCCHI, supra nota 84, p. 443, frecuentemente las universalidades gozan de un sistema de registro análogo al de inmuebles. Observa Lomonaco, supra nota 24, págs. 539-540, que para las universalidades siempre se tiene un título, en virtud del cual el adquirente puede asegurarse de la titularidad del tradens. Refiriéndose a ellas dice TARTUFARI, A., Degli effetti del possesso (unione tipografico-Editrice, Torino, 1886), Vol. 2.º p. 475, que: "(...) Essendo creazioni o rapporti della mente umana, non possono essere perdute, acquistate, usucapite, come un mobile qualunque".

En lo que concierne a la hacienda, creemos con MESSINEO, supra nota 62, p. 354, que con mayor razón no se puede adquirir "a non domino", pues resulta ser más compleja que la simple universalidad de bienes muebles. Véase este tema más ampliamente en MONTEL, supra nota 24, p. 530; SACCO, supra nota 75, p. 129; MENGONI, L., "Sull'applicabilità all'azienda del principio, possesso vale titolo" publicado en Riv. dir. comm. 1949, II, 105 y ss.; Ancora sull'inapplicabilità all'azienda del principio "possesso vale titolo" en Giur. Ital. 1950, I, p. 170; La Corte D'appello di Firenze en sentencia de 27 de febrero de 1948, publicada en Riv. Dir. Comm. 1949, p. 100, resolvió que siendo la farmacia una hacienda, se deben aplicar, no ya las normas de los bienes muebles, sino las relativas a las universalidades de bienes muebles.

(139) Cfr. PLANIOL y RIPERT, supra nota 8, p. 320; JOSSERAND, supra nota, 24, p. 212.

si se trata de universalidades, que no requieren esta circulación (140).

Los semovientes pueden ser también objeto de una AND. Por sus características se consideran bienes muebles (141), siendo aptos para una rápida circulación. La adquisición - dependerá eso sí, de la eficacia de la publicidad que reciba el derecho del propietario (normalmente mediante marcas o señales en el semoviente). Si el adquirente debió conocer la falta de titularidad del enajenante, por denotarlo las - marcas hechas sobre el semoviente, la AND no se verifica. - Ello conduce al corolario de que, todo bien mueble que lleve marcas o señales o placas adheridas, indicadoras de la -

(140) Cfr. DE SENO, supra nota 47, p. 331; MONTEL suora nota 24, p. 330; BRUGI, B., Instituciones de Derecho civil (Uteha, México, 1946), p. 204. Sostiene FERRARA, supra nota 47, p. 404, que: "In realtà, quando non si tratta di singole cose, ma si tratta di universalità di cose mobili, cioè di complessi nuclei unitari di cose mobile, questa entità funzionano come immobili; hanno un rapporto unitario con una immanenza e rendono applicabili in parte la regola esistente per gli immobili. Queste cose mobili, se non diventano immobili, nel complesso hanno un maggior rapporto di immanenza e quindi vanno trattate per certi effetti alla stregua degli immobili; così che ad esse non si applica il principio per cui in materia di mobili il possesso di buona fede vale titolo".

(141) Para MORALES MORENO, A., Posesión y usucapión (C.S.I. C., Madrid 1972) p. 48, los semovientes pertenecen a una tercera categoría, distinta de los muebles e inmuebles, considerándose que el poder posesorio sobre ellos tiene un doble aspecto, que se manifiesta no sólo frente a otros sujetos, sino frente al propio animal, que ha de estar sometido para mantenerse en posesión. La autonomía de movimiento es lo que los diferencia de los bienes muebles.

propiedad del objeto, no se pueden adquirir "a non domino", pues son causa -al menos-, de la culpa grave del accipiens, salvo que la costumbre del lugar permita pensar otra cosa.

Los bienes muebles adquiridos accesoriamente con un -- inmueble o con un mueble inscrito en un registro público, - que están destinados al servicio u ornamentación de la cosa principal, son susceptibles de adquirirse "a non domino" -- (142), a menos que las circunstancias permitan deducir que hubo culpa grave por parte del adquirente.

Quien adquiriera un mueble del arrendatario de una vivienda amueblada, se encuentra también protegido frente al propietario, en el caso, el arrendador y como señala Melón (143), a pesar de que los muebles de la vivienda, jurídicamente se pueden calificar como bienes inmuebles; objetivamente considerados, son bienes muebles, siendo la posesión del arrendatario, suficiente para engendrar una apariencia de titularidad, tomando en consideración que respecto a ellos no existe una publicidad formal o registral como cuando se trata de - verdaderos inmuebles. Si esto es así, creemos también que, en ciertas circunstancias puede existir un deber de diligencia por parte del adquirente, v.g., si conocía que el enajenante era un arrendatario, tendrá obligación de averiguar - si la propiedad de los objetos que amueblan la vivienda y - se pretenden enajenar, corresponde al arrendatario. No obs-

(142) En contra COLIN y CAPITANT, supra nota 32, p. 631

(143) MELON, supra nota 104, págs. 143-144.

tante, según veremos en el capítulo tercer, el determinar - si el adquirente incurrió en culpa grave, estará ante todo en función de las condiciones sociales e intelectuales del mismo.

Por último, creemos que la AND debe versar sobre una - cosa que era mueble al momento de la enajenación (144). No podrían ser objeto de la misma, v.g., los bienes muebles - por anticipación o los que se encontraban incorporados a un inmueble en el momento del convenio y que para entregarlos al adquirente se separen de aquél (145). El adquirente en -

(144) Cfr. CARBONI, Michele, Il Possesso ed i diritti reali (Tratelli Bocca, Torino 1916) p. 217

(145) Cfr. MONTEL, supra nota 24, p. 329; GENTILE, supra nota 75, p. 191. La jurisprudencia italiana se ha pronunciado reiteradamente en este sentido. La sentencia de Casación de 13 de octubre de 1960, publicada en Giur. Ital. Rep. 1960, voce "Possesso", n.º 7, dispuso que: "Restano fuori dell'ambito dell'art. 1153 (AND) gli alberi, finchè non vengano tagliati, non ricorrendo - rispetto adesso le regioni che giustificano il principio "possession vale titolo" e non avendo rilevanza la circostanza che le parti ne abbiano previsto il taglio, quando la vendita ha per oggetto il c.d. bosco in piedi, ossia una cosa immobile". La sentencia de Casación de 23 de octubre de 1956, publicada en Giur. Ital. Rep. 1956, voce "vendita", n.º 323, resolvió que: "il distacco di alberi dal suolo, rendendoli trasportabili, fa loro acquistare il carattere di bene mobili per natura; così che anche per gli alberi abbattuti si - rende applicabile l'art. 1153". En síntesis, nos dice LONOFACCO, supra nota 24, p. 549, que: "Quindi, - colui che comprò da chi non era proprietario un albero tuttavia aderente al terreno, non può, col fatto - del possesso, respingere il proprietario che si oppone all'asportazione dell'albero tagliato (...). Chi - acquista uno specchio infisso nel muro, dal quale si dispicca però consegnarlo a lui, non ha acquistato una cosa attualmente mobile, ma chetale si è resa artificialmente; parimente, chi acquista (...) le messi ancora pendenti quantunque (...) egli posseda taliprodotti in condizione di perfetta mobilità (...) non si --

esta hipótesis, puede verificar fácilmente a quien pertenece el inmueble (146), además, la AND esta prevista, como hemos señalado, para aquellos bienes muebles que gozan de una rápida circulación, muebles que si se encuentran adheridos a un inmueble carecen de ella, pues circulan con el objeto principal: "Lo accesorio sigue a lo principal".

IV.- El segundo efecto de la máxima se refiere, como sabemos, a una presunción de propiedad derivada de la posesión de una cosa mueble. Su función consiste en ser un medio legal de prueba de la titularidad sobre el mueble poseído. Como toda presunción, libera de probar un hecho, en este caso, el derecho de propiedad de quien posee la cosa.

El fundamento político de esta presunción, al igual que en la AND, consiste en ser un medio de protección del tráfico jurídico de bienes muebles. Ella fue el primer efecto que se le concedió a la máxima, según pudimos determinar al tratar su evolución histórica.

Su fundamento racional se ha visto en función de la necesidad de asociar, cuando de bienes muebles se trata, la posesión con el derecho de propiedad; en darle a la posesión -

(cont. de la pág. anterior)

trova (...) nel caso figurato (...). Per conseguenza, se il proprietario dell'immobile reclama la cosa, o il valore, non gli si può rispondere semplicemente: -io posseggo, quindi sono proprietario; -poiché la scienza dell'origine dell'acquisto dissipa questo tema".

(146) Cfr. WEILL, supra nota 14, p. 411.

una función de publicidad de la titularidad sobre la cosa. Esto se debe a que en materia mobiliaria se hace sumamente difícil -en vista de las características de los muebles y las circunstancias que rodean su circulación- otro tipo de publicidad más eficaz (147).

Esta ausencia de auténtica titulación, conlleva a que la posesión en los bienes muebles cobre una posición privilegiada, tanto desde el punto de vista de su disposición como de su adquisición.

-
- (147) En este sentido expresa SALEILLES, supra nota 7, p. 328, que: "(...) si se pregunta cuál es la justificación racional y práctica de esta diferencia tan profunda entre el sistema de protección de los terceros de buena fe en materia mobiliaria y en materia inmobiliaria, fácil será ver que es inherente a la naturaleza misma y a la función económica de la propiedad mueble, a los procedimientos de circulación rápida -- que implica, a la seguridad que exige y a la necesidad de garantizarla a base de elementos externos, visibles y sencillos, sin que sea preciso exhibir título ni hagan falta investigaciones complicadas (...)" . Véase -- más recientemente en este mismo sentido a AMOROS, supra nota 64, p. 192. Resulta prácticamente inútil tomar nota en un registro, de los cambios de titularidad sobre un mueble, pues como indica ALBALADEJO, supra nota 75, p. 190, los bienes muebles son fácilmente -- ocultables y además la inscripción supone trámites y gastos que en ocasiones entorpecerían decisivamente el tráfico. Explica SANZ, supra nota 60, p. 151, que históricamente no ha existido una publicidad sistemáticamente organizada para los bienes muebles, por: "1) Las dificultades del comercio, que necesita la mayor rapidez y simplicidad en sus operaciones; 2) La falta de una situación fija en el espacio de esta clase de bienes, que hace imposible centralizar en un Registro -- único la serie de inscripciones referentes a cada una de ellos; (...) 4) La multiplicidad de bienes muebles y la posibilidad de que se reproduzcan hasta el infinito, 5) Su poca duración y la facilidad con que se destruyen y deterioran; 6) La dificultad de su identificación".

Por la publicidad que se debe atribuir a la posesión, es que tiene razón de ser la presunción legal de propiedad de quien ejerce la posesión de la cosa. Se trata de una -- presunción que admite prueba en contrario, atendido que muchas veces el poseedor no es el propietario, aunque la po-- sesión sea ejercida a título de tal.

De acuerdo con la doctrina tradicional, la posesión - es la publicidad" (...) en bruto, inorgánica, elemental y - natural" (149), del derecho de propiedad sobre los bienes - muebles. Se afirma incluso que la posesión es el signo más seguro del derecho de propiedad, es decir, el hecho de te-- ner la cosa entre las manos (150).

La función que cumple este medio de publicidad, nos la describe Alas (151) y consiste en "(...) hacer visibles a - todos las situaciones jurídicas en que las cosas se encuen- tran. En la vida social no es suficiente para su pacífico - desarrollo, que los vínculos de orden jurídico que unen a - las personas autorizándolas para utilizar determinados bienes o excluyéndolas de su goce, sean tan sólo conocidas por los inmediatamente obligados y de los titulares del derecho. Es preciso, si se quieren evitar constantes perturbaciones in- tromisiones en el derecho ajeno, que todos puedan conocer - de un modo fácil y a la vez seguro a quien pertenece el dis- frute de cada cosa determinada y hasta que límite la corres

(149) SALEILLES, supra nota 7, p. 104.

(150) MAZEAUD, lecciones, Parte 1ª-I, p. 291.

(151) ALAS, supra nota 5, p. 9.

ponde. Hay que tener en cuenta además, que cuando se trata de derechos absolutos, como son generalmente los derechos que tenemos sobre las cosas, el sujeto pasivo, el obligado a la abstención es toda la comunidad".

Existe por una parte, el interés del titular en que ese derecho sea conocido y respetado por todos y por otra, un interés de los terceros, en evitarse las molestias que ocasionaría la lesión de un derecho ajeno (152).

Si debemos afirmar que, la función de publicidad otorgada a la posesión de una cosa mueble, se justifica por toda esta experiencia histórico-social, se percibe un desacuerdo entre esta publicidad y la realidad socio-económico actual. Sería ilusorio exigir dentro de la economía moderna que, el nacimiento de todo derecho esté condicionado a la existencia de un acto que lo haga reconocible ante los ojos de la colectividad. No se puede esperar que todo cambio de titularidad vaya acompañado de un cambio de posesión. Esta exigencia tendría sentido en una economía primitiva de tipo agrario, pero resulta inadecuada, según se ha llegado a estimar, en las condiciones sociales y económicas de -

(152) En Este sentido sintetiza JOSSEFAND, supra nota 24, - págs. 206-207, que la publicidad en general, es necesaria por dos razones: "1.- Verdad jurídica: la propiedad, derecho real, oponible a la comunidad entera, no puede nacer y manifestarse si dicha colectividad la ignora. 2.- Verdad social y práctica: se trata de la seguridad de la misma de las transacciones y de la vida jurídica del país. Si la propiedad pudiera transmitirse subrepticamente y de manera oponible a todos, nunca se tendría certeza de tratar con el propietario actual de la cosa objeto del contrato (...)"

la época actual (153). Para Mengoni, la posesión no puede ser considerada, por sí sola, un hecho capaz de señalar la titularidad del derecho, es decir, como una manifestación típica del derecho (154). La presunción de propiedad, dice, "(...) risale a una società lontana nel tempo, con un'economia ancora largamente di tipo curtense, formata da unità -- produttive per il consumo immediato, nella quale lo scarso-sviluppo del principio della divisione del lavoro comportava una netta prevalenza della consegna a scopo di trasferimento delle proprietà rispetto alla consegna effettuata in base a titoli non traslativi, qualificati dall'obbligo di restituzione. Solo in una società siffatta si può parlare di normale coincidenza del possesso delle cose mobili con la proprietà, non nella società moderna, nella quale il principio della divisione del lavoro e la necessità di espansione della produzione affidano al possesso una serie di funzioni che un tempo erano adempiute dalla proprietà (155).

La posesión representa muy medianamente el papel de publicidad de la titularidad sobre los bienes muebles (156).

(153) Cfr. SUSS, citado por De los Mozos, supra nota 109, p. 263; PUIG BRITAU, J., Anotaciones a "El derecho a través de la jurisprudencia de Gustav Boehmer (Bosch, Barcelona, 1959)" págs. 96-97.

(154) MENGONI, supra nota 22, p. 84.

(155) MENGONI, supra nota 22, p. 85.

(156) Cfr. MAZEAUD, supra nota 12, p. 335, Asimismo, si el trasferimento del derecho se opera "solo consensu"; como observa MONTEL, supra nota 24, p.369: "(...) il possesso della cosa mobile non è il segno dell'avvenuta trasmissione del diritto al possessore, non può -- essere considerato forma di pubblicità del diritto.

Habrá que acudir a una verdadera publicidad (157), en cuanto a la naturaleza y el valor del mueble la autorice (158).

(cont. de la pág. anterior)

In materia de circolazione giuridica dei mobili il possesso ha da noi soltanto una funzione pratica di conservazione dell'acquisto (...). Questa funzione pratica di conservazione dell'acquisto (...). Questa funzione pratica del possesso (...) potrebbe anche spiegare talune disposizioni (...) che subordinano al possesso il conseguimento di determinati effetti (...).".

- (157) Contrastando la publicidad registral con la derivada de la posesión, escribe PUGLIATTI, S., La trascrizione, I, 1 en el Tratado di Diritto civile e commerciale (Giuffré, Milano, 1957), p. 280-81 que: "La pubblicità è veicolo di realtà, cotesta pretesa pubblicità di fatto, nulla può dire della realtà, e nulla dice di essa, anzi la occulta. Per vero, la trascrizione di un negozio mira a render conoscibile il negozio a chiunque: l'attuazione di essa, produce rispetto ad alcune categorie di soggetti, in quanto conoscibilità legale, determinati effetti, proprio perchè trae seco la possibilità giuridica della conoscenza effettiva (...). Il possesso, invece, simboleggiando il corrispondente diritto reale, non è strumento o veicolo di conoscenza della realtà; anzi, in quanto rilevi persè, è un diaframma che ostacola quella conoscenza. Inoltre, per se può rilevare soltanto come distinto dalla realtà simboleggiata, ed eventualmente anche in contrasto con essa.

Rinasce, come si vede, l'opposizione radicale tra pubblicità e apparenza, non rilevata chiaramente, anzi svisata dall'ambiguità del linguaggio, per cui ciò che è pubblico, e quindi notorio, si considera come manifesto, cioè apparente. Ma apparente in questo caso -concluye Pugliatti-, vuol dire che ha una sua realtà, mentre nell'altro vuol dire che finge una realtà conforme alla propria, di un fenomeno che può invece, averne una difforme o non averne alcuna".

- (158) Debido a que los bienes muebles son susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro muy rápidamente y muy frecuentemente, como ya se señaló en supra nota 148, la publicidad de estos mediante registros resulta imposible por falta de punto fijo para proceder a ella. Pero para los muebles que excepcionalmente tienen un punto (o aeropuerto) de amarre -buques, barcos fluviales, aeronaves- hay organizada una publicidad. Cfr. MAZEAUD, supra nota 92., p. 290.

Fuera de este caso, la situación es compleja y un análisis a fondo se excedería de los límites de esta tesis. De momento la presunción de propiedad fundada en la posesión sigue prestando utilidad y es conveniente mantenerla, hasta tanto la tecnología en materia de registros no permita otra solución que igualmente permita la libre circulación de los muebles. Lo que si creemos factible, como veremos más adelante, es rebajar la presunción legal a mera presunción "de hecho", de la titularidad de la cosa, con lo cual no se exime al poseedor, llegado el momento, de realizar algún tipo de prueba en apoyo de su derecho, además de la prueba de la mera posesión.

La utilidad más importante de la presunción de propiedad está referida a la carga de la prueba en los procesos. Afirmar que la posesión en el orden procesal constituye una presunción de propiedad, y que sirve para asignar funciones en materia de prueba, quiere decir simplemente, que no corresponde la carga de ésta al poseedor, cuya misión es permanecer a la defensiva hasta que se le ataque; y como quiera que entonces se convierte en demandado, no tiene que practicar prueba: el que ejercita la acción reivindicatoria es quien debe probar su derecho (159).

Si no existiera esta presunción, ocurriría que, unavez probado el derecho de propiedad por el actor, el poseedor -

(159) SALEILLES, supra nota 7, p. 14. Véase también en este sentido a COLIN y CAPITANT, supra nota 32, p. 624. En la doctrina española véase a ALEALADEJO, supra nota - 75, p. 282.

debería a su vez demostrar el suyo, es decir, una adquisición realizada en su favor. Pero, precisamente por las especiales características de la circulación de muebles, normalmente no existen pruebas de la adquisición, v.g., si se trata de la compra de objetos de consumo diario o también puede ocurrir que el poseedor ignore a qué título ha sido adquirida la cosa, si por ejemplo, la recibió por vía de herencia, o cuando el poseedor esté incapacitado y su representante no tiene medios de saber cómo ha adquirido los objetos - muebles que se encuentran en su patrimonio. En estos casos es contrario el buen sentido obligar al poseedor a probar su título (160).

Una vez que el propietario destruya la presunción legal de propiedad del demandado, le corresponde a éste probar que el actor "no ha seguido siendo propietario", por haber perdido su derecho posteriormente, por cualquier motivo. Esta prueba negativa, bastará para rechazar la reivindicación, sin que por este motivo se deba estimar que la propiedad de la cosa corresponde al demandado, a menos que para desvirtuar el derecho del actor, haya recurrido a la prueba de su adquisición (161).

Además de este efecto procesal de carácter defensivo o podríamos decir "positivo", la presunción de propiedad tiene un efecto negativo: En consideración a que el patrimonio del deudor responde frente a sus acreedores, todos aquellos bie-

(160) Cfr. ALAS, supra nota 5, p. 121

(161) Cfr. SALEILLES, supra nota 7, págs. 213-214.

nes que aquél posea, se presumen de su propiedad; pueden - por consiguiente, los acreedores, hacer efectivo sus derechos mediante dichos bienes.

Otra aplicación específica de la presunción legal de - propiedad, está en relación con el non dominus, en el sentido de que, el adquirente reforzará su confianza en la apariencia del tradens al presumirse legalmente su propiedad, si es que posee la cosa.

No toda posesión tiene consigo la presunción de propiedad. Debe ser a título de dueño (162), sin vicios (163) y - no tratarse de una cosa sustraída o perdida (164). Así también, si se demuestra desde un inicio la mala fe del demandado, la presunción debe ser descartada.

En el ámbito procesal, la utilización de la presunción de dominio ha sido igualmente criticada. Se ha considerado que el uso indiscriminado de la presunción, puede acarrear daños considerables en cuanto a las garantías de honradez y

(162) Expresa ALBALADEJO, supra nota 75, p. 53, que: "(...) la posesión en concepto de titular (...) no requiere que realmente la titularidad pertenezca (...) al poseedor, y ni siquiera que éste crea que le pertenece (...); basta con que posea o no como propios la cosa o el derecho".

(163) Concretamente y de acuerdo con los Hermanos MAZEAUD, supra nota 12, p. 254., la posesión debe ser pública y no clandestina y no tener lo que la doctrina francesa y la jurisprudencia llaman "equivoco", lo que en el fondo se reduce a exigir en el poseedor, una posesión como dueño durante toda la posesión.

(164) Cfr. TRAVIESAS, M., Extinción y reivindicación del derecho de propiedad, publicado en la Revista de Derecho privado, julio-agosto de 1920, p. 207.

lealtad que se imponen,. Eximir totalmente al demandado de la prueba de su derecho, "(...) equivaldría implícitamente a que cuantos entreguen muebles sin transmitir el dominio - se vieran obligados a exigir un recibo a la persona a cuyo poder pasen. De otra parte, es evidente que si la presunción se formulaba a favor del antiguo propietario y se sostenía que había de suponerse "parcial y no "total" el abandono de derechos, ello conduciría a algo muy grave: a que los compradores hubieran de proveerse de un documento para quedar defendidos contra el vendedor, ya que no contra terceros. Con ello se vendría al suelo el beneficio derivado de las reglas que protegen la posesión mobiliaria, reglas que se justifican por la costumbre establecida de no necesitarse prueba - escrita en las transacciones de bienes muebles "(166). La - solución para Saleilles, sería tener en cuenta, " (...) to dos los antecedentes verosímiles, tanto lo que benefician al antiguo propietario como los que pudiera invocar el posee--dor; el juez fallará con vista de todos. Pero si faltan por completo y con relación a ambas partes, pruebas derivadas - de las circunstancias del caso, siempre subsistirá en favor del demandado la posesión única en pie aún, y que, no obs--tante ser mera presunción de hecho, sin duda viene a adquirir carácter de una verdadera prueba, por ser la única aportada" (167).

(166) SALEILLES, supra nota 7, págs. 334-335.

(167) Ibid.

Al reducirse la presunción legal a una presunción de hecho, que no exime de otras pruebas al poseedor-demandado, se da satisfacción a todas las exigencias prácticas, sin -- menoscar tampoco aquellas garantías esenciales que en sí misma y con relación al crédito debe la posesión ofrecer a cuantos pueden titularse poseedores (168). Consideramos más idónea esta solución; el demandado puede alegar suposición, como presuntamente representativa de un derecho en la cosa, pero solamente mediante indicios graves y concordantes se -- llegará a presumir el derecho. De esta forma, se evita el -- abuso de la presunción de propiedad por parte de poseedores sin escrúpulos, pero tampoco se deja sin protección al po-- seedor; la posesión en última instancia y a falta de prue-- bas, será el único indicio que guie y determine la protec-- ción del poseedor, pero ya no será la que apriori permita -- desestimar la acción reivindicatoria.

(168) Ibid.

CAPITULO SEGUNDO

EL PRINCIPIO: "EN MATERIA DE MUEBLES, LA POSESION

EQUIVALE AL TITULO", EN EL CODIGO CIVIL COSTARRICENSE.

Sumario: Premisa. Sección Primera: I.- Recepción de la máxima en el Código civil: 1) Separación de los dos efectos del principio: arts 481 y 854 del Código civil. 2) El título hábil" es un requisito de la adquisición: A) Adquisición a título gratuito; B) Adquisición mortiscausa; C) Otros títulos; D) El título debe estar libre de vicios. 3) Necesidad de entregar la cosa al adquirente. 4) El concepto de -- "tercero"; ambivalencia del art. 481 C.c. 5) Sustracción y pérdida de la cosa: A) Sujetos legitimados para exigir la restitución de la cosa; B) Ejercicio de la acción reivindicatoria contra el hallador; C) Nuestra opinión. 6) Alcance de la irreivindicabilidad. 7) La presunción de propiedad -- del art. 854 C.c. 8) El sentido de los arts. 481 y 854 C.c. a través de la jurisprudencia. II.- Derecho extranjero: 1) Derecho alemán; 2) Derecho italiano; 3) Derecho suizo; 4) - Derecho español; 5) Derecho argentino y peruano.

PREMISA

El Derecho civil costarricense ha tenido siempre en una posición destacada al principio jurídico: "En materia de muebles, la posesión equivale al título". A él se hace referencia constante en la práctica; tanto por la jurisprudencia, de parte de nuestro tratadista en la materia: Alberto Brenes Córdoba (Tratado de los bienes, Ed. Costa Rica, - San José, 1963, páginas 46, 64, 69, 172, 195 y ss.), como por los mismos abogados litigantes. Pero contradictoriamente en ninguna parte de nuestro Código civil se recoge esta fórmula.

Si siguiendo la terminología de la máxima se quisiera acoplar con algún precepto de nuestro Código civil, es muy probable llegar a hacerlo con el artículo 854 de dicho texto legal, cuando dispone que, en materia de muebles: "(...) el hecho de la posesión hace presumir el título mientras - no se pruebe lo contrario". Pero, ¿es éste el sentido de - la máxima, "En materia de muebles, la posesión equivale al título"? Si y no. Lo primero, si se considera que la máxi- ma se refiere también a una presunción de dominio, que se conoce también como efecto probatorio, y lo segundo, te-- niendo presente que una regla como la del art. 854 citado, no permitiría la AND, o efecto sustantivo de la máxima. Al sustituirse la "equivalencia al título", por una "presun-- ción al título" que tiene también como base el mismo hecho: la posesión, resulta que este hecho, por sí mismo, no es - capaz de conceder la propiedad al adquirente de buena fe; ya no "equivale" la posesión, al título de propiedad, lo - que confirmó a continuación el mismo artículo, al disponer que la presunción de título admite prueba en contrario. Pero entonces, si la posesión de buena fe del poseedor no le permite obtener la propiedad de la cosa adquirida de un -- "non dominus", es decir, no equivale al título de propie-- dad, ¿qué alternativa tiene? ¿Está sujeto al tercero de -- buena fe a la reivindicación del propietario?

Nuestro Código civil acogió el artículo 2279 del Có--

digo Napoleón en toda su amplitud. Esto quiere decir que lo hizo, tanto de su efecto probatorio, al que se refiere el artículo 854 citado, como de su efecto adquisitivo, o adquisición "a non domino". Pero la mera posesión de buena fe no bastó para que el adquirente se convirtiera en propietario: se exigió y exige, mediante el artículo 481 C.c., un título hábil, que, en relación con el adquirente del dominio, con, lo cual se elimina el peligro que significa conceder la propiedad de una cosa con la sola posesión de buena fe con animus domini, buena fe y animus que se presumen legalmente -- (arts. 286 y 283 del C.c., respectivamente). En este sentido, dispone el artículo 481 citado, que: "La propiedad de los muebles se adquiere respecto de terceros, por la tradición hecha en virtud de un título hábil (...)". A continuación se fijaron las excepciones clásicas en caso de desposesión involuntaria de la cosa y por último y en el mismo artículo, se unió el texto original del artículo 2280 del Código civil francés, relativo al derecho de rescate.

De todo esto resulta, que en el artículo 481 C.c., -- nuestro legislador plasmó, podemos afirmar, el efecto adquisitivo de la máxima, "En muebles la posesión...", con una terminología más apropiada, de acuerdo con el objetivo que con él se busca.

La regla del artículo 2279 del Code, no fue por consiguiente acogida en nuestro Código civil en su carácter de -

axioma, pero no podemos decir lo mismo en lo que concierne a sus efectos; por una parte, el art. 854 C.c., recoge la presunción de propiedad y por la otra, el art. 481 ibid, la adquisición "a non domino". No obstante haber recogido estos efectos, nuestro legislador modificó la estructura de la máxima francesa, cuando se aplica en su efecto adquisitivo, -- pues exigió la concurrencia de un "título hábil", lo que es extraño al funcionamiento de la misma.

Pero los alcances de la regla del artículo 481 C.c., no se limitan a las adquisiciones de un no titular. La redacción amplia de este artículo, permite también regular las adquisiciones hechas a un propietario, en perjuicio de un tercero -- que haya adquirido un derecho de la cosas, v.g. un derecho de usufructo, o también si se ha adquirido un privilegio sobre la misma. Es en este tipo de situaciones (adquisiciones "a domino"), en las cuales el artículo 481 C.c., ha tenido mayor aplicación.

En las páginas subsiguientes aludimos al cúmulo de aspectos y matices, que engloba, especialmente el importante artículo 481 C.c., entre ellos, la posibilidad de constituir derechos reales limitados a non domino. Tratamos también los diferentes casos en los que la regla general del art. 481 C. c. ha sido confirmada, así como otros en los cuales ofrece interés determinar la aplicación de dicha regla.

Asimismo, nos referimos al contradictorio tema del "derecho de rescate", que ha sido recogido en términos absolu--

tos por el legislador, con lo cual habría que derogar la acción reivindicatoria en general. Concluimos con la presunción de propiedad, o efecto probatorio de la máxima francesa, recogido en el artículo 854 citado, haciendo hincapié en el supuesto, en el cual, la presunción, en una forma indirecta, opera inter-partes. Concretamente, cuando se vale de ella un acreedor, para así embargar bienes ajenos poseídos por su deudor, hipótesis frecuente en la práctica.

I.- RECEPCION DE LA MAXIMA EN EL CODIGO CIVIL.

1.- Por decreto del 28 de agosto de 1882, se ordenó al Poder Ejecutivo, la integración de una Comisión destinada a elaborar el vigente Código Civil.

Desgraciadamente, esta Comisión omitió la redacción de actas, mediante las cuales hubiera sido posible conocer en detalle el ritmo de las discusiones.

Asimismo, al presentarse el Código al Congreso, se omitió una "Exposición de Motivos" (1). Los únicos datos disponibles sobre los trabajos preliminares para la elaboración del Código, fueron dados a conocer mediante "El Foro", periódico fundado precisamente, para la publicación de las decisiones de la Junta Codificadora. Pero por este medio y para mayor infortunio, son escasos y escuetos los datos -- que se pueden obtener, debido a que la mayoría de los ejemplares de dicho periódico han desaparecido.

Para los fines del presente estudio, ofrece cierto valor el acuerdo tomado por la Comisión Codificadora, el once de septiembre de 1882, en virtud del cual se tuvo como directriz, formar previamente la base de discusión conforme a los principios de la ciencia, relegando a un segundo plano los Códigos extranjeros, "(...) sin perjuicio de tomar de cada Código lo que se estimare conveniente" (2).

Es muy probable que esta orientación inicial haya sido la razón por la cual el Código civil -que entró en vigor el 1 de enero de 1888-, no reprodujera literalmente los artículos 2279 y 2280 del Código civil francés, cuerpo legal que fue sin duda el de mayor influencia durante la elaboración del nuestro.

En el Libro Segundo ("De los bienes..."), Título VIII ("De los modos de adquirir el dominio"), de nuestro Código civil, prácticamente se fusionaron en el artículo 481, los artículos 2279 y 2280 del Código Napoleón. Pero dicho artículo no recogió el principio, "En bienes muebles, la posesión equivale al título", con esas palabras y, aún más, esta fusión no fue comprensiva de los dos efectos atribuidos a aquella máxima, sino únicamente hizo alusión al efecto sustantivo

(1) Cfr. GUTIERREZ, C., en el Preámbulo al Tratado de los Bienes de Alberto Brenes Córdoba (Ed. Costa Rica, San José, 1963) p. XII.

(2) Acuerdo de la Comisión Codificadora, publicado en "El Foro", Órgano del Colegio de Abogados y de la Comisión Codificadora, Año I, nº 11, 17 de febrero de 1883, pág. I. 1.

vo o AND.

Decimos que el artículo 481 D.c. no reprodujo literalmente el principio francés, porque en su lugar, con mejor técnica y mayor precisión, dispone que: "La propiedad de -- los muebles se adquiere eficazmente respecto de tercero, -- por la tradición hecha en virtud de un título hábil".

De esta manera, se suprimió la fórmula del artículo -- 2279 CCF., que por su terminología, sabemos que ha sido --- fuente de ambigüedades y confusión doctrinal y en su lugar se estableció llanamente, la AND, confirmado por el propio nombre de la sección, denominada: "De los modos de adquirir el dominio", con lo cual se separa en definitiva, lo sustan-- tivo de lo probatorio; la AND, de la presunción de propie-- dad.

A continuación de esta fundamental regla, se reprodu-- ce, casi literalmente, el resto del artículo 2279 del Code y el texto original del artículo 2280 ibid (modificado por ley del 11 de julio de 1892), para quedar como sigue:

"La propiedad de los muebles se adquiere eficaz-- mente respecto, por la tradición hecha a (en) - virtud de un título hábil; pero aquel que ha -- perdido o a quien han robado una cosa mueble, - puede reivindicarla dentro de tres años conta-- dos desde el día de la pérdida o del robo, sal-- vo que el poseedor actual de la cosa robada o - perdida la hubiera comprado con las formalida--

des usuales en feria o venta pública, o a un mer
cader que vende cosas semejantes; en tales casos,
el dueño originario no puede recuperarla sin pa-
gar al poseedor el precio que le ha costado, que
dándole el derecho de exigir el valor de la cosa
de cualesquiera de los otros poseedores respecto
de los cuales hubiera sido eficaz una acción rei
vindicatoria".

Si su redacción es clara, quizás hubiera sido de de--
sear que en lugar del primer punto y coma, se hubiera fija-
do un punto y aparte, dándose en esa forma, mayor fortale-
za a la primera idea, que aunque forma parte integrante de
un todo, guarda cierta independencia con el resto del artí-
culo; es el concepto central y no la "reivindicación de --
bienes muebles, lo cual hubiera sido más fácil de apreciar
de haberse ubicado en un párrafo aparte. En lo sucesivo y
para fines de metodología, dividiremos este artículo en --
tres secciones o partes, cada una de ellas separada de la
siguiente por un punto y coma.

La junta Codificadora tuvo como principales fuentes -
bibliográficas, el "Cours de Droit civil Francais", de Au-
bry y Rau y el Tratado de Derecho civil del jurista belga
Laurent (3). Los dos primeros interpretan la máxima del ar

(3) Referencia de BEECHE, H. y FOURNIER, F., en Estudio --
Preliminar al Código civil (ed. Ins. de Cultura Hispá-
nica, Madrid, 1962), p.20. Brenes Córdoba (citado por
Beeche y Fournier, ob. cit. p. 20) refiriéndose a las

título 2279 CCF., como una presunción irrefragable de dominio. "La posesión -decían- engendra instantáneamente y por ella misma a favor del poseedor de una cosa mueble una presunción de propiedad, con ayuda de la cual puede rechazar toda acción reivindicatoria (...)" (4). Por su parte Laurent, opinaba que: "Le principe de l'article 2279 signifie le propriétaire d'un meuble ne peut pas le revendiquer contre le tiers possesseur de bonne foi". (5). Admitía que el tercero de buena fe se convirtiera en propietario, como se desprende de lo que dice a continuación: "On dit que la possession n'est pas placée par le code, parmi des modes d'acquisition de la propriété énumérés dans les articles 711 et 712. Si la loi disait que la propriété ne s'acquiert que dans les cas prévus par ces dispositions, l'objection aurait quelque valeur; mais la loi s'exprime dans des termes purement énonciatifs; elle ne les énumère pas tous: l'occupation, le buton fait sur l'ennemi ne figurent pas dans les articles 711 et 712; il importe donc peu que la possession ne soit pas nommée, pourvu qu'elle soit admise par un texte positif; et l'article 2279, interprétée par la tradition, ne laisse aucun doute" (6). En otro lugar añade: "(...) la possession -

(cont. de la pág. anterior)

obras de Laurent y Aubry y Rau, expresó que: "(...) se echa de ver que algunos pasajes que allí figuran como simple teoría se incorporaron al Código como preceptos legales".

- (4) Supra nota 6, p. 143. Refiriéndose a los arts. 2279 y 2280 del CCF. dicen (lugar citado): "Ces dispositions complexes et nuancées(...)".

fait acquérir la propriété absolue sans limitation aucune" (7).

Si estos reconocidos juristas no distinguían los dos efectos de la máxima, al menos admitían la irreivindicabilidad y el último de ellos, podemos afirmar que la AND. Si guiendo esta doctrina, es de presumir que los legisladores patrios se inclinaron por una fórmula más apropiada, que evidenciara con mayor claridad, el objetivo primordial del principio francés, lo que en definitiva debió conducir a la redacción del artículo 481 de nuestro Código civil.

Es importante destacar, cómo el mecanismo adquisitivo contemplado en dicho artículo, ha sido ratificado por la letra del artículo 1065 C.c., referente a un medio común para adquirir "a non domino": la compraventa. En este sentido -- dispone que: "La nulidad de la venta de cosa ajena no se aplica a cosas muebles, pues respecto de estas el comprador de buena fe se hace inmediatamente propietario si entró en posesión real, salvo lo dispuesto en el artículo 481" (8).

(cont. de la pág. anterior)

(5) Supra nota 129, págs. 558 y 592.

(6) LAURENT, supra nota 129, p. 559.

(7) LAURENT, supra nota 129, p. 594.

(8) En armonía con el artículo 1065 C.c., el artículo 472-I del Código de Procedimientos civiles, dispone que es anulable el remate, aun con perjuicio de tercero rematario, cuando tratándose de inmuebles o de derechos reales (sobre ellos), se hubiere rematado por error u otro motivo una cosa ajena. Se excluye el caso del remate de una cosa mueble ajena, lo que a contrario sensu, significa que el comprador no está sujeto al reclamo del propietario y que por consiguiente, adquiere la propiedad de la cosa.

Esta salvedad se refiere lógicamente, a los casos en que, - según dicho artículo, procede la acción reivindicatoria.

La posición de nuestro Código civil, es muy clara, en lo que concierne a la recepción de la AND. Con permitir esta adquisición, nuestro Derecho se encuentra a la altura de los Derechos más modernos, que se empeñan por la seguridad dinámica, imprescindible en la moderna sociedad de consumo.

No hay razón en afirmar, que el adquirente a non domino se convierte en propietario, porque "su posesión equivale al título"; el adquirente llega a ser propietario, sin - necesidad de establecer una equivalencia de una situación - jurídica a otra; la ley concede automáticamente el derecho al accipiens, si cumple con los requisitos legales.

La posesión, por sí sola, no tiene fortaleza suficiente para conceder el derecho de propiedad al poseedor; se re quiere, como veremos en su momento, la buena fe del adquirente y un título hábil, el que debe ser probado sin reservas de ningún tipo por el adquirente, con lo cual se modifi ca notablemente la estructura del principio, "En materia de muebles, la posesión equivale al título", que no lo exige, sino tan solo la prueba de la posesión (9).

En lo que se refiere al efecto probatorio de la máxima

(9) En este sentido expresaba LAURENT, supra nota 129, p. - 594, que: "(...) en effet, la propriété s'en acquiert, à l'égard des tiers, non par le titre de transmission, mais par la possession, qui vaut titre; or, la possession fait acquérir la propriété absolue sans limitation aucune".

nos remitimos al Libro Tercero ("De las obligaciones"), Título VI ("De la prescripción"), Capítulo II ("De la prescripción positiva"), artículo 854, que dispone lo siguiente: "El que alegue la prescripción está obligado a probar el -- justo título, salvo que se trate de servidumbre, del dere-- cho de poseer o de muebles, en cuyos casos, el hecho de la posesión hace presumir el título mientras no se pruebe lo -- contrario". El artículo 283 del Código civil refuerza esta presunción cuando dispone en términos generales que: "En la duda, se presume que el tenedor de la cosa posee en nombre propio (...)".

En el artículo 854 C.c., tampoco se recogió el ambiguo término "equivale", para en su lugar establecer una presunción simple de título de dominio, que es lo que corresponde.

En esta forma vemos como se han liberado en nuestro Có digo, los dos efectos del principio del artículo 2279 del - Código Napoleón, que hacen de él una regla sutil, flexible e imprecisa, con lo cual se dilucida cualquier conflicto de interpretación que pueda surgir al respecto, o bien, se evi ta una mala interpretación, que puede llegar a causar daños irreparables.

El artículo 854, se encuentra en la sección que trata de la prescripción positiva, mostrando correspondencia con la ubicación que en el Código Napoleón encuentra el artícu- lo 2279 (10). Este último numeral se ha incluido en esta --

sección, ya que de acuerdo con la doctrina dominante en el siglo anterior, se veía en la AND, una prescripción instantánea (11), lo que se ha visto, carece de fundamento, toda vez que la usucapión, implica siempre el transcurso de un plazo (12). Si en nuestro Código civil se ha establecido la presunción de propiedad dentro de la materia relativa a la usucapión, es claro que no ha sido por la misma razón por la cual el art. 2279 del Código Napoleón se ubica dentro de esa materia. Si la prescripción instantánea se veía referida al efecto sustantivo de la máxima, dicho efecto ha sido ya establecido en nuestro Código, en el artículo 481, a más de que el artículo 854 se limita a establecer una presunción "iuris tantum" de dominio, que en modo alguno puede ser productora del derecho de propiedad en favor del posee-

(10) Este artículo se encuentra en la sección que trata, -- "De algunas prescripciones en particular", del Libro Tercero: "Maneras de adquirir la propiedad".

(11) En este sentido expresa LAURET, supra nota 129, p.554 aunque sin estar de acuerdo con ello, que: "L'article 2279 est placé au titre de la Prescription, dans la -- section qui traite des prescriptions particulières. N'en faut-il pas conclure que cet article établit aussi -- une prescription particulière, la plus courte de toutes, puisqu'il suffit de la possession d'une chose mobilière cet effet que le possesseur peut repousser l'action en revendication, de même que le possesseur d'un immeuble peut opposer l'exception de prescription -- au propriétaire que le revendique. Il y a encore une -- autre analogie entre la disposition de l'article 2279 et la prescription acquisitive, c'est que la possession qui en est le fondement, doit réunir les caractères que l'article 2229 exige pour toutes prescription".

(12) Como afirma SANZ, supra nota 59, Cap. i, p. 161, este argumento no pasa de ser una simple metáfora.

dor. Esta presunción se refiere a quien está en vías de usu
capir un bien mueble, pero se extiende a toda posesión "ani
mus domini", pues también se aplica en tratándose del dere-
cho de poseer, y conforme al art. 281, el hecho de la pose-
sión hace presumir el derecho de poseer, poseer en el caso,
como dueño, salvo prueba en contrario.

El artículo 862 C.c., menciona también a la presunción
del artículo 854, al disponer que: "Para adquirir la propie-
dad de los bienes muebles por prescripción, en el caso de -
no haber otro título que el que hace presumir la posesión,
se necesita una posesión de tres años".

En aparente armonía con el artículo 481 C.c., que esta-
blece un plazo de tres años para poder intentar la acción -
reivindicatoria de las cosas sustraídas o perdidas, plazo -
que se inicia a partir de la desposesión involuntaria, esta-
blece el artículo 862 antes transcrito, un término de tres
años para usucapir la cosa. Pero es claro que, desde el mo-
mento en que se verifique la desposesión involuntaria, has-
ta aquel en el cual un tercero usucapa la cosa, habrán nor-
malmente transcurrido más de los tres años que fija el artí-
culo 481 para poder incoar la acción reivindicatoria, por -
lo que un plazo no está en función del otro.

Con la finalidad de no excluir el artículo 320 C.c., -
según el cual, "La acción reivindicatoria puede dirigirse -
contra todo el que posea como dueño, y subsiste mientras o-

tro no haya adquirido la propiedad de la cosa por prescripción positiva", pareciera que el plazo que señala el artículo 481, para entablar la reivindicatoria, no debe coartar esta acción, si a pesar de haber transcurrido dicho plazo, no se ha verificado la usucapión de un tercero.

Conforme con la tendencia actual a proteger jurídicamente al tráfico de bienes muebles, la acción reivindicatoria contra los adquirentes de buena fe, se proyecta como un obstáculo para la libre circulación de bienes. Precisamente, en función de esta tutela, se ha erigido la AND, que descarta, sin más, la acción reivindicatoria, y, como veremos más adelante, esta acción también cede ante el hallador, si éste ha cumplido determinado procedimiento de publicidad del hallazgo (art. 501 C.c.). No es posible, por consiguiente, admitir en términos absolutos la disposición del artículo 320 C.c., cuando dispone que la reivindicación subsiste hasta tanto un tercero no usucapa la cosa y es más, en materia de muebles, este artículo, en el fondo es inoperante.

Consideramos que, en satisfacción de las necesidades del tráfico, debe fijarse un plazo para el ejercicio de la acción reivindicatoria de las cosas sustraídas y perdidas. Este plazo será lógicamente, el que señala el mismo artículo 481. Estimamos, con los Hermanos Mazeaud (13), que, este término de tres años, tiene la virtud de paralizar, pero no

(13) MAZEAUD, supra nota, 12 págs. 269-270, Cap. I.

de extinguir los efectos de la AND, recobrando ésta su imperio, una vez pasado aquel plazo con lo cual el art. 320 citado no es funcional toda vez que antes de ser la cosa usucapida, se adquirirá mediante el art, 481 C.c. Cualquiera - que entonces adquiriera la cosa de buena fe, se convierte instantáneamente en propietario. Si la cosa fue adquirida de buena fe antes del vencimiento de ese plazo, la adquisición del respectivo derecho estará sujeta al vencimiento del término.

El transcurso de esos tres años, no implica la prescripción de la acción, sino una caducidad de la misma, no habiendo lugar, ni a suspensiones ni a interrupciones del plazo (14). Este último, iniciará a correr desde el momento en que tenga lugar la desposesión, ni siquiera, como pretende Scaevola (15), desde que el propietario conozca el paradero de la cosa; si así fuera, se atentaría gravemente contra la seguridad del tráfico; los adquirentes podrían quedar expuestos, durante mucho tiempo a la reivindicación del propietario, lo que se busca evitar a toda cosata. Además, tres años parece un plazo prudencial para que el propietario averigüe el paradero de la cosa. Siempre cabe la posibilidad de que el ladrón oculta la cosa durante ese plazo, de

(14) El Tribunal civil de Seine, en sentencia de 23 de enero de 1950, publicada en Revue Trimestrelle de Droit civil, 1950, T.41, p. 204, resolvió, que dicho plazo es una prescripción. En este sentido dispuso que: "(...) la prescription de l'art. 2279 est une prescription ex

manera que resulte imposible para el dueño encontrarla. Aun en esta hipótesis, quien adquiriera la cosa posteriormente y con buena fe, debe ser protegido; si se ha llegado a admitir la adquisición instantánea de una cosa estafada al propietario, no vemos porqué se ha de tener cargo de conciencia o de otra índole para admitirla, si el enajenante la había sustraído al propietario, no obstante éste no pudiera conocer quién la había sustraído y la ocultaba. Comprendemos la imposibilidad que pueda llegar a tener el propietario en determinar el paradero de la cosa, pero las necesidades del tráfico imponen esta solución. Además, es de considerar que lo normal es que el ladrón busque deshacerse cuanto antes del producto del robo, pues vive de eso, con lo cual la cosa deja de estar oculta y puede entonces el dominus establecer su paradero y reivindicarla. En última instancia, se le exige al adquirente un comportamiento libre de negligencia o imprudencia, el que dudosamente tendría, si adquiere la cosa de un ladrón; quien procurará desprenderse de la misma en una forma cautelosa, sino clandestina, y frecuentemente, a un precio inferior al verdadero, todo lo cual puede dar motivo a la culpa grave del adquirente, que impide la AND, si debió darse cuenta de la procedencia

(cont. de la pág. anterior)

tintive du droit de propriété ne comportant, ni interruption, ni suspension"; con lo cual se refiere en el fondo a una caducidad.

(15) Supra nota 32, p. 597, Cap. I:

ilegítima de la cosa. Asimismo, parece factible, que esta culpa grave, venga producida a raíz de la publicidad que oportunamente se haga del hecho de la sustracción, si es que el adquirente no debió ignorarla. El momento más oportuno para esa publicidad, es sin duda, uno próximo al vencimiento del plazo de tres años, que es cuando existe peligro de producirse una adquisición eficaz, frente a la víctima de la sustracción. La eficacia de la adquisición se encuentra subordinada a varios requisitos, entre otros, el de tener un título hábil, al que nos referimos seguidamente.

2.- Modificando sustancialmente el "modus operandi" -- del principio, "En materia de bienes muebles, la posesión equivale al título", el artículo 481 de nuestro Código civil, exige, además de la posesión del adquirente, un "título hábil".

"Hábil", según el Diccionario de la Real Academia, es "aquello que es apto para una cosa". Situados dentro del -- contexto del artículo 481, el título es "hábil", cuando permite adquirir (siquiera figuradamente) la propiedad o la co propiedad sobre un bien mueble, o, conforme a lo que diremos más adelante, si su objeto consiste en la cesión o constitución de derechos reales limitados sobre el mismo.

El adquirente "a non domino", debe haber convenido con el non dominus, en la adquisición de un derecho "oponible" a quien ulteriormente reclame un derecho en la cosa. Solo -

resulta "oponible", aquel derecho adquirido "en" la cosa y no un derecho personal a la cosa. Sin pretender entrar en -- las múltiples diferencias existentes entre la noción de derecho real, se producirá una colisión con el derecho que un -- tercero tenía "en" la cosa. Se trata de derechos excluyentes entre sí. Que se protege a uno en detrimento del otro, -- eso es cuestión de política legislativa. En nuestro Derecho, hemos visto como el legislador ha optado por la tutela del -- interés del adquirente y no el de quien tenía anteriormente un derecho en la cosa. La doctrina ha llegado más lejos: en caso de haberse adquirido de un non dominus un derecho personal de goce en una cosa (arrendamiento, comodato), o de garantía, en un bien mueble, se admite a la AND, en perjuicio del propietario (16). No creemos factible introducir esta posibilidad en el campo de aplicación del art. 481, cuyo espíritu y de acuerdo con la tradición histórica que lo inspira, limita su alcance a los derechos reales; en principio solo -- al derecho de propiedad, pero como veremos oportunamente, mediante argumentos lógicos y también legales, se extiende a -- los derechos reales inferiores.

La jurisprudencia nacional ha considerado correctamente

(16) MENGONI, supra nota 22, p. 236, Cap. I; SACCO, R., La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato (Giappichelli, Torino, 1949) págs. 185, 194, para quien debe existir un título idóneo (o "hábil") y la cosa se ha de entregar al accipiens. En contra Gentile, F. Il Possesso, Unione Tipografico -Editrice Torinese, Torino, 1965, p. 241.

aunque con un criterio restringido -quizá por ceñirse al texto del art. 481- que, título hábil es aquél que sea traslativo de dominio (17), pues de admitirse la AND de derechos reales limitados, "título hábil", lo es también, aquel que sea idóneo para adquirir estos derechos.

Se habla de título "traslativo" de dominio; es apenas - el caso indicar, que no existe transmisión alguna: el tradens lo es solo en apariencia, ya que no teniendo ningún de-

(17) Véase en este sentido las siguientes sentencias: Casación de 15.45 hrs. del 11 de mayo de 1933; Cas. del 6 de julio de 1945; Cas. Nº 52 de 1952; Cas. Nº 27 de 1959. Sin embargo la sentencia de la Sala 1ª de lo Civil, nº 373 de 1974, reiterada por la Nº 104 de 1976, consideró "título hábil", "(...) el hecho de la posesión y la presunción de propiedad que de él se deriva (...)". La posesión y la presunción de dominio, no son desde ningún punto de vista, el título hábil a que se refiere el art. 481 C.c. Si este artículo exige la "tradición" de la cosa al adquirente, lo que en el fondo demanda, es la posesión de la misma por parte del accipiens. No tiene -- sentido consiguientemente, que al exigir el 481 un título hábil, éste se encuentre constituido por la posesión. De conformidad con el art. 854 C.c., la posesión solo -- hace presumir el título, pero en sí misma, no puede ser considerada como el título hábil o "causa adquirendi", cuya prueba exige el art. 481. El hecho de la posesión, es solo apto para procurar una defensa inicial al poseedor, pues obliga al demandante a probar, precisamente, que dicha posesión no se funda en un título traslativo de dominio, lo que una vez probado, da lugar a la obligación de restituir la cosa, salvo que el poseedor acuda a la prueba de un título adquisitivo.

recho en la cosa, nada puede transmitir. Desde esta perspectiva, "título hábil", sería más bien, aquel que en apariencia transmita el derecho. Resulta claro entonces, que dicho título hábil, no puede ser el título de adquisición del ter cero. Si no fuera así, el derecho adquirido es derivado y no originario, no extinguiéndose los gravámenes anteriores ni los vicios del título del anterior propietario.

El título de adquisición, es un título originario, integrado por la posesión del adquirente y un "título hábil", que junto con la buena fe, tiene la virtud de producir la adquisición, no por voluntad de las partes, sino por expresa disposición legal.

Mientras no sea probada la inexistencia del título hábil, este se presumirá, tal y como dispone el art. 854, -- siempre que el adquirente haya alcanzado la posesión de la cosa. Pero no quiere esto decir, que se deba atribuir el de recho de propiedad en la cosa, al poseedor, quien seguirá -- siendo solo eso: un poseedor, presumiblemente propietario y hasta tanto no demuestre que efectivamente posee mediante -- un título hábil.

La Sala de Casación (18) ha estimado que: "(...) el po seedor no está obligado a probar el acto jurídico de su do minio en el bien mueble; hasta que de buena fe alegue ese -- título hábil (...)". Sucesivamente dice: "(...) ese es el --

(18) Sentencia de Casación N° 72 de 1974.

sentido en que se expresan esos términos en el artículo 481 del Código civil". Esta última afirmación es errónea. Creemos que obedece a una confusión entre los dos efectos de la máxima francesa, o mejor dicho, entre la regla del art. 481 y la presunción de propiedad del artículo 854, la cual se transpone dentro del contexto del art. 481, lo que lejos es ta de ser así. El artículo 481 no exime al poseedor -supuesto adquirente- de la prueba de su título de adquisición.

La presunción de propiedad y la AND, actúan frecuentemente, en forma coordinada, sin perjuicio de que cada una - tenga su propia esfera de aplicación así como sus requisitos particulares. De tal modo que, allí donde no se compruebe un título hábil o se demuestre su inexistencia, supletoriamente, la presunción de propiedad, hace suponer su existencia en favor del poseedor, con la única finalidad de desplazar la carga de la prueba de la falta de título al actor. De no lograrlo, la reivindicación no prospera. En lo que -- concierne al demandado, la sentencia no puede proclamar su derecho de propiedad a falta de pruebas del actor, sino que, como dijimos, se le tendrá como un propietario presunto. Si como dice la sentencia, del artículo 481 se deduce que, el poseedor no debe probar su título, estaríamos entrando en - la órbita de la máxima, "En muebles, la posesión equivale - al título", que efectivamente no exige esta prueba, lo que a la luz de nuestro Derecho es inaceptable.

La confusión de los dos efectos del principio francés, que nuestro legislador supo distinguir nítidamente, ha sido por el contrario, práctica constante en nuestros Tribunales, lo cual se podrá constatar a lo largo de estas páginas. Esta confusión, puede ser explicable, por la costumbre de remitirse a la doctrina francesa que interpreta el principio del artículo 2279 CCF., para luego forzadamente, aplicarla en la interpretación de nuestros propios textos legales que regulan la materia. No se tiene en consideración, por lo general, que para la aplicación de la máxima, "En materia de muebles, la posesión equivale al título", no se requiere en el Derecho francés, la demostración de un título adquisitivo, lo que creemos movió a la afirmación supra indicada de que, del artículo 481 C.c., se deduce, que el poseedor no se encuentra obligado a probar el título o acto jurídico de su dominio.

En síntesis, el adquirente a non domino, no estará protegido por el solo hecho de ser poseedor de buena fe de la cosa. Debe además demostrar la "causa adquirendi", o título hábil, y en ello no le asiste la presunción del artículo -- 854 C.c.

A) Resulta necesario plantearse, si también una adquisición a título gratuito, y no solo una onerosa, es oponible al propietario. La cuestión ha sido bastante debatida -

en la doctrina. Hay quien opina, que no existe un interés - en tutelar el tráfico gratuito de bienes muebles (19), o -- bien, y desde un punto de vista de equidad y justicia, que el accipiens no sufre en su patrimonio ninguna lesión positiva al privársele del beneficio que se pretendió concederle, mientras que el acreedor experimentaría una pérdida indudable si no pudiera recobrar la cosa (20). Por el contrario, en favor de la solución opuesta, se ha sostenido que - si la AND busca la protección del tráfico, no cabe distinguir, si la ley no lo hace, entre adquisiciones gratuitas u onerosas (21), salvo, se ha estimado, si se trata de una sucesión a título universal, en la cual el adquirente no recibe una posesión nueva, sino la que tenía su causante (cfr. art. 1146 del CCI., 724 CCF., 440 CCE.): posee con o sin título, según fuese la posesión del "de cuius" (22). Desde es

(19) Cfr. MESSINEO, supra nota 62, p. 350 (Cap. I), quien - sin embargo aduce otras razones para proteger al adquirente a título gratuito; v. infra nota 27.

(20) BRENES CORDOBA, A., Tratado de los bienes (3ª ed. Ed. Costa Rica, San José, 1963) p. 197 en relación con la 183. A contrario sensu, es de esta opinión DIEZ DEL CORRAL, supra nota 75, p. 267 (Cap. I).

(21) Cfr. MENGONI, Gli acquisti, p. 217; TRIMARCHI, supra - nota 80, p. 597 (Cap. I), SACCO, supra nota 75, p. 126 (Cap. I); TRABUCCHI, supra nota 84, p. 442 (Cap. I); - HEDEMAN, supra nota 68, p. 85 (Cap. I); MONTEL, A., Nota minima in tema di acquisto a non domino en Nuovo -- scritti in materia di possesso (Ed. Giappichelli, Torino, 1958) II-p. 452; KUMTEROW, G., Ensayo sobre la adquisición a non domino de bienes muebles (Univ. Central, Caracas, 1965) p. 16.

(22) En este sentido afirma TRIMARCHI, supra nota 80, p. -- 597 (Cap. I), que: "(...) le successione non può mai porre l'erede in una situazione diversa e migliore di -- quella che spettava al defunto".

te punto de vista, el título pro-legato, sería un título apto para la adquisición, pues a diferencia del heredero, el legatario no subentra en la posesión del causante (23). En resumidas cuentas, la donación sería un medio apropiado para la AND (24).

Técnicamente, tal parece que la solución debe inclinarse hacia la admisión de la AND a título gratuito; si por ejemplo se ejerciera la acción reivindicatoria contra el donatario, este podría responderle al actor, que se ha convertido en propietario, porque ha adquirido la cosa con base en un título hábil para conceder el dominio (26).

El artículo 481 C.c., no hace distinción alguna al respecto, pero en el artículo 1356 *ibid*, se admite esta posibilidad en caso de donación del heredero del depositario de la res depósita. En este sentido dispone que: "El heredero del depositario que ignorando el depósito, vendiere o dispusiere

(23) En este sentido sostiene TORRENTE, *supra* nota 78, p. -- 357 (Cap.I), que el legatario, "(...) non si trova pregiudicato dal carattere o dalla qualifica del possesso del suo autore (...)". Conforme a lo expuesto en el siguiente punto, la doctrina italiana se opone a la AND - mortis causa, en general.

(24) Cfr. MENGONI, *Gli acquisti*, p. 224.

(26) En el Derecho italiano (art. 1153 CCI.), se exige también un título "idóneo", para adquirir a non domino el derecho en la cosa. Para la jurisprudencia italiana es idóneo el título gratuito. V. en este sentido, la sentencia de la Corte D'appello di Milano, del 7 de diciembre de 1954, en *Riv. Dir. Comm.*, 1955, p. 109, con nota de Montel.

de la cosa depositada, debe devolver el precio que haya recibido en caso de venta o el que tenía al tiempo en que dispuso de ella, en caso de donación (el subrayado es nuestro) o de haberla consumido".

Entendemos que en esta norma se concede al depositante la única opción a seguir, es decir, reclamarle el valor de la cosa donada al heredero, excluyéndose la posibilidad de reclamarla al donatario, quien por consiguiente, se habrá convertido en propietario. No se trata simplemente de que el depositante "puede", cobrar esa indemnización al heredero, como puede reclamar la cosa al donatario, sino que necesariamente esta obligado a demandar dicha indemnización al heredero si quiere obtener un reparo del perjuicio causado, pues de haber querido el legislador derogar la regla del artículo 481, si la adquisición fue a título gratuito, lo debió indicar en un caso como el presente, ya que de lo contrario, la disposición aplicable es la del artículo 481.

Por lo anterior, creemos que cabe la posibilidad de adquirir a non domino y a título gratuito una cosa mueble. En lo personal y siguiendo una opinión inicialmente expuesta, consideramos más adecuada a los intereses de las partes, el hacer lugar en este caso, a una excepción a la tutela que merece el tráfico de bienes. Motivos de equidad imponen esta solución. La protección del ordenamiento, no debe ir más allá de lo que el propio interés del adquirente exige. La --

tutela del tráfico se ha de extender en la medida del perjuicio, que de proteger al propietario, se puede causar al tercero de buena fe y con ello a la circulación de bienes. Resulta evidente que, con protegerse al propietario en este caso, el perjuicio del adquirente se reduce a un mínimo, mientras que si la protección recayera en este último, no hay duda del grave daño que se ocasionaría al propietario anterior (27).

B) Si el título de adquisición es una herencia, dijimos que la misma se ha considerado improcedente, en vista de su-

(27) No creemos que la AND a título gratuito se justifique, como lo cree MESINEO, supra nota 62, p. 351 (Cap. I) - por la circunstancia única de no poder determinar el adquirente si el donante es o no propietario. Esta situación ofrece relevancia cuando la adquisición fue a título oneroso, no si fue gratuita, en donde, ante todo, se debe valorar los perjuicios que de proteger a uno u otro, se produzcan. Códigos tan modernos como el de Etiopía, expresamente disponen que la adquisición debe ser a título oneroso (art. 1161). Razón lleva MARTINEZ RUIZ supra nota 99, págs. 936-937 (Cap. I), cuando afirma -- que: "(...) cuando el acto realizado por el titular aparente es un acto a título gratuito, con el que el tercero se lucra sin ningún sacrificio por su parte, no hay razón para imponer un sacrificio al titular verdadero. El tercero no perderá nada, aunque nada gane. Y así el Derecho operará sin que nadie se sacrifique". Para GULLON BALLESTEROS, A., Cobro de lo indebido en Estudios de Derecho civil (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978) p. 381, si el enajenante había recibida la cosa en pago indebido y de mala fe, quien reciba la cosa en donación, se encontrará expuesto a la acción reivindicatoria del propietario, por la debilidad de su título; "(...) el donatario -dice-, que no ha realizado ningún sacrificio para incrementar su patrimonio no debe ser sacrificado".

bentrar el heredero, en la posesión que ejerció el causante. La doctrina italiana que interpreta el artículo 1153 del Código civil italiano, que expresamente acoge la AND, no la admite si ha sido "mortis causa", además de la razón arriba citada, por estimarse que dicho numeral exige la entrega de la cosa al adquirente, lo que solo se concibe como un acto "inter-vivos", acto que en la especie es imposible de verificar, por razones obvias. La AND, habría de limitarse a las adquisiciones "inter-vivos" (27 bis).

No existe en nuestro Código civil, disposición alguna - que en forma expresa haga referencia, a si los herederos subentran o no en la posesión que ejercía el causante. No obstante dispone el artículo 563 de dicho texto legal que: "Los herederos son obligados a indemnizarse recíprocamente en caso de evicción de los objetos repartidos". Quiere decir lo anterior, que un tercero puede reivindicar la cosa de manos de un heredero, pero ello por sí solo no nos permite determinar, si también se puede, de manos de quien recibe el objeto de buena fe. Sin duda es admisible la reivindicación en caso de sustracción y pérdida de la cosa, si no ha transcurrido - el plazo de caducidad de dicha acción. Así también si el heredero es de mala fe. La duda es si procede la reivindicación contra el heredero, si la desposesión del propietario - fue voluntaria y el sucesor es de buena fe. La solución cree (27 bis) cfr. MENGONI, supra nota, 22, p. 126 (Cap. I); SA--CCO, supra nota 75, p. 126 (Cap. I).

mos se encuentra en el artículo 532 del Código civil, cuando dispone que: "Si durante el término del emplazamiento alguno o algunos se presentaren reclamando la calidad de herederos y lo probaren, vencido el término, se les declarará herederos, sin perjuicio de tercero de mejor derecho y se les pondrá en posesión de la herencia" (El subrayado es nuestro). - Esta posesión no puede ser una posesión efectiva o material, toda vez que ésta la ejerce el albacea, según lo establecen los artículos 526 y 536 del Código de Procedimientos Civiles, y conforme al artículo 557 idem, los bienes hereditarios se "entregarán" a los herederos, cuando sea aprobada definitivamente la cuenta partición. La posesión a que alude el art. - 532 C.c., se adquiere sin toma de posesión efectiva y hasta sin saberlo el sucesor, es decir, no requiere ni el corpus - ni el animus de poseer. Esta posesión se inicia, según dispone el art. 532 citado, desde la declaratoria formal de herederos, sin embargo los efectos de esta posesión se extenderán retroactivamente hasta el momento del fallecimiento del causante (28), de manera tal que el heredero se coloca en la

(28) En otras legislaciones se establece que la posesión hereditaria se adquiere desde la muerte del causante (vid arts. 1146 CCI., 440 CCE., 724 CCF.). Nuestro legislador no ha seguido este criterio y ha dispuesto que se adquiere hasta la declaratoria formal de herederos, lo que se comprende en el tanto que debe conocerse la voluntad del heredero de adquirir esa calidad y tal cosa solo es posible, cuando acepta la herencia, aceptación que se hace efectiva a partir de la declaratoria de herederos. En el interín, o sea después del fallecimiento y antes de que tenga lugar la declaratoria de herederos, si los bienes están siendo retenidos por los herederos,

misma situación posesoria de aquél. Y no cabe duda que el heredero subentra en la posesión del "de cuius", si le sucede en todos sus derechos y obligaciones (29), entre las cuales se encuentra, la de restituir la cosa a su propietario. Con este entendido, el heredero no podrá invocar el artículo 481 frente al reivindicante.

Si el legatario no subentra en la posesión del "de cuius", no por ello podrá recurrir al art. 481, toda vez que el artículo 598 del Código civil, dispone expresamente que el legado de cosa ajena es nulo. No encontramos razones de peso que justifiquen esta norma. Pero como quiera que sea, al ser un adquirente a título gratuito no se le debe proteger.

Dentro de esta misma problemática, debemos situar el -- conflicto entre el propietario despojado y el heredero, no -- de un poseedor alieno nomine, sino de un adquirente a non domino de mala fe. El causante no llegó a convertirse en vida en propietario de la cosa, fue solo su poseedor y de mala fe. La posesión es viciosa y en estas condiciones entra a poseer la cosa el heredero (30). Por el contrario, si el causante --

(cont. de la pág. anterior)

tendrán como indica SCAEVOLA, supra nota 32, p. 331 -- (Cap. I), solo la tenencia o posesión natural de la cosa. Existe solamente un estado de hecho, pues aun no se ha manifestado la voluntad del heredero en el sentido de adquirir la herencia.

(29) Cfr. arts. 535, 560, 564 y ss. del C.c. y 522 del Código Procesal civil.

(30) Cfr. supra nota 22. Esto mismo sostiene la jurisprudencia francesa. En este sentido la sentencia de Casación de 16 de junio de 1971, publicada en Revue Trimestralle,

era de buena fe y el heredero la es de mala, adquiere la propiedad de la cosa heredada, por ser de aplicación el principio, "mala fides superveniens non nocet". Pero si podemos hacer esta afirmación cuando se trata del heredero, ¿es así -- cuando la cosa se destina a ser legada? Ya vimos que el heredero se encuentra afectado en la posesión de la cosa, por -- los vicios de la que en vida ejercía el causante, no ocurre lo mismo, como también sabemos, si la cosa es legada. Significa esto que el legatario esta en capacidad de convertirse en propietario de la cosa legada, a pesar de la mala fe que tuvo el causante. No puede ser así ya que según el artículo 598 citado, el legado de cosa ajena es nulo además de ser a título gratuito.

C) No constituye "título hábil", la sentencia en la --- cual se acoja la reivindicación del tercer adquirente contra un poseedor, si frente a dicho adquirente, prosperaría la -- reivindicación de quien ha seguido siendo propietario, por --

(cont. de la pág. anterior)

1972, p. 154, resolvió que: "(...) l'héritier succède - aux vices de la possession de son auteur (...). La mauvaise foi de x (...) interdisait donc à sa veuve et à son fils qui lui succédaient d'invoquer le bénéfice de - la règle en fait de meuble possession vaut titre". Opina distinto ALBADALEJO, supra nota 75, p. 67, para quien si es cierto que el heredero recibe la misma posesión - que tenía el causante, otra cosa es que la reciba calificada como posesión de buena o mala fe; "Pues recibir una posesión de buena o mala fe, no depende de que la - tuviera el causante sino de la de cada uno".

carecer originalmente el accipiens de un título hábil. Esta sentencia no produce efecto alguno que pueda modificar la situación jurídica del adquirente, respecto al verdadero -- propietario.

No es tampoco título hábil, la sentencia que acoja una demanda del tercer adquirente, dirigida contra el tradens -- (non dominus), a fin de coaccionarlo al cumplimiento del -- contrato de "transmisión"; este se antepone a la sentencia y son sus elementos esenciales, los que configuran el susodicho "título hábil". Como veremos en el punto siguiente, -- es título hábil, solo el que se encuentra libre de vicios. Si estos existen, la sentencia, que a pesar de ellos, obligue al tradens al cumplimiento del convenio, no puede suplir al título por la razón arriba mencionada. La sentencia se limita a exigir la realización de algo a lo que ya se había obligado al demandado y si existió un vicio, el mismo -- persiste y puede ser argüido por el propietario y dar base a una acción de nulidad y subsiguientemente a la reivindicación.

A una solución distinta debemos llegar, si la sentencia obliga al demandado a cumplir un precontrato, pues entonces aquella sí asume el papel de "título hábil" (31)(32).

(31) En este sentido. ENCONI, Gli acquisiti, p. 228. Rebatando la opinión de quien considera que es el precontrato y no la sentencia la que opera como título, señala este autor (p. 230 obra citada) lo siguiente: "Inoltre, se fosse vero che la fattispecie traslativa è costituita del contratto preliminare integrato dalla sen-

D) El título debe estar libre de vicios intrínsecos, para considerarse "Hábil". Esto no lo deducimos del artículo 481 C.c., ni del 1065 idem (venta de cosa ajena), pero así se ha establecido unánimemente en la doctrina (33). El único vicio que subsana la AND, es precisamente, la falta de titularidad del tradens.

Si el adquirente merece protección, considerando la imposibilidad habida para comprobar el derecho que ostenta el enajenante, esa protección no puede extenderse v.g., a su capacidad, la cual normalmente es de fácil comprobación (34).

(cont. de la pág. anterior)

tenza a guisa di condictio iuris di efficacia, ne seguirebbe che, se la sentenza fosse stata pronunciata malgrado la nullità del preliminare, il terzo proprietario porterebbe sempre far valere la nullità dentro l'attore vittorioso che ha ricevuto in buona fede il possesso della cosa. E certo, invece, che la nullità del preliminare, una volta accolta la domanda (...), non può essere fatta valere nemmeno dal terzo rivendicante, sebbene egli non sia soggetto all'autorità del giudicato sui presupposti dell'obbligo di trasferire: e ciò appunto perché il titolo di acquisto, che abilita l'attore vittorioso a invocare l'art. 1153 contro la rivendica del terzo, non è il contratto preliminare, bensì la sentenza".

(32) De acuerdo con el ejemplo que cita STOLFI, supra nota 25, p. 195 (Cap. I), no existe título hábil, si el adquirente recibió la cosa de su mandatario quien tenía la obligación de adquirirla, si en lugar de hacerlo, solo la detentaba.

(33) Cfr. TORRENTE, supra nota 78, p. 361 (Cap. I); MENGONI, Gli, acquisiti, p. 183; MAZEAUD, supra nota 12, p. 242 (Cap. I); MELON, supra nota 104, p. 91 (Cap. I); ROCA-SASTRE supra nota 25, p. 276 (Cap. I); PENA, supra nota 32, p. 743, (Cap. I). GARCIA VALDECASAS, G., La posesión (Univ. de Granada, 1953), p. 58.

(34) Cfr. TORRENTE, supra nota 78, p. 79 (Cap. I); TRIMARCHI, supra nota 80, p. 597 (Cap. I). No será necesario -creemos- que el enajenante se encuentre legalmente en estado de incapacidad; bastará la prueba de que en el momen

El título de adquisición es susceptible de declararse nulo, en las mismas circunstancias que podría serlo el de -- quien adquiere, de un propietario (35). Una vez declarada la nulidad, el perjudicado estará en condiciones de recuperar -- la cosa (36).

Procesalmente, estará legitimado para incoar, en una -- misma demanda, el reclamo para pedir la nulidad de la adquisición y el que se refiere a la sucesiva restitución de la -- cosa (37). Lo anterior, tanto por economía procesal, como -- porque el enajenante no debe ser quien esté legitimado para ello, dado que: a) Si es de mala fe, es de suponer que no demandará la nulidad de la enajenación; b) Por el hecho mismo de ser de mala fe (normalmente), no se le debe permitir recuperar la cosa, además, se correría el peligro de que enajene nuevamente la cosa.

(cont, de la pág. anterior)

- to de la enajenación, no se encontraba en su sano juicio.
- (35) Cfr. SALEILLES, supra nota 7, p. 329 (Cap. I). Véanse -- los motivos de nulidad en el artículo 835 del Código civil. En general, no existe "título hábil", si el negocio de adquisición es contrario a una norma imperativa, v.g., es nula la enajenación del albacea, de los bienes de la herencia, si no ha mediado autorización judicial, si se requiere (art. 552 C.c.). Es nula también, la enajenación de bienes del menor (con valor superior a los diez mil colones), por quien ejerza la patria potestad, sin la debida autorización judicial (art. 13 del Código de Familia).
- (36) Expresa SACCO, supra nota 75, p. 126 (Cap. I), que: "Non quindi rilievo l'eventuale causa di annullabilità, rescindibilità, ecc., del negozio di acquisto, se non interviene un provvedimento di annullamento, rescissione, ecc., il quale eliminara totalmente l'efficacia del negozio e renderà il terzo acquirente possessore senza ti

El propietario tiene un interés legítimo a pedir la nulidad absoluta del negocio de adquisición (art. 837 C.c.). - En cambio, la nulidad relativa, debe ser solicitada a instancia de una de las partes del negocio (art. 838 C.c.), con lo cual, en principio, el propietario, esta imposibilitado para pedirla. Una vez declarada, tendrá entonces el derecho a reivindicarla. Se estaría tentando a afirmar que dicha acción es procedente, si el accipiens se convierte en poseedor de mala fe, antes de la subsanación del negocio. Pero el título anulable es título hábil a los fines de la AND (38), hasta tanto no venga anulado. Ahora bien, creemos posible, recurriendo a la norma por la cual el acreedor (propietario) puede subrogarse en las acciones de su deudor (art. 715 y ss. - C.c.), que el propietario puede pedir la declaratoria de nulidad relativa y recuperar sucesivamente la cosa (39). El --

(cont. de la pág. anterior)

toló (...)" "(...) si el negocio es resuelto revocado o rescindido -dice GARCIA VALDECASAS, supra nota 35, p. 58 (en nota 23)-, la propiedad revierte al antiguo dueño y no al transmitente, que nunca la tuvo".

(37) Véase en este sentido (en materia inmobiliaria) el amplio estudio de NÚÑEZ LAGOS, supra nota 25, p. 87 y ss. (Cap. I).

(38) Así lo estima la doctrina; Cfr. MENGONI, supra nota 22, p. 184 (Cap. I).

(39) Cfr. SALEILLES, supra nota 7, p. 237 (Cap. I); MENGONI, Gli acquisti, págs. 185-184, quien agrega que: "(...) -legittimato a domandare l'annullamento è soltanto l'alienante (non dominus), nel cui interesse è per ipotesi stabilito dalla legge. Tuttavia, se l'alienante trascura di promuovere l'azione e il dominus ha nei suoi confronti un diritto obbligatorio alla restituzione della cosa (caso normale), l'annullabilità può essere fatta valere in via surrogatoria (...) dallo stesso rivendicante, citando inguidizio anche il dante causa del terzo".

transmitente puede ser considerado deudor del propietario, - v.g., si había sido su mediador posesorio y tenía la obligación de restituir la cosa. Pero no solo en este caso se puede subrogar el propietario en la acción del tradens, además, si se ha cumplido una condición resolutoria que afectaba el derecho de accipiens, o bien, si el negocio deviene resoluble por cualquier motivo (40) (art. 692 C.c.).

La ausencia de vicios se presume (41), correspondiendo su prueba al demandante, a menos de que se trate de una nulidad absoluta, declarable aun de oficio (art. 837 C.c.). Si el adquirente conocía el vicio, es él quien tiene la carga de probar su extinción.

3.- El artículo 484 del Código civil, especifica que: - "Además del convenio, son modos de adquirir el dominio: la ocupación, la accesión, la herencia o el legado y la prescripción". Esta clasificación no fija un "números clausus", es simplemente enunciativa. La AND no se ha incluido en estos casos, pero tal circunstancia no afecta su vigencia, - - pues expresamente ha sido adoptada en otras normas (art. 481

(40) Al respecto estima MENGONI, Gli acquisti, p. 185, que: "Il titolo risolubile o rescindibile è idoneo agli effetti delle norme protettive del terzo acquirente di buona fede, ma l'acquisto viene meno se la condizione risolutiva si avvera oppure sopravviene la pronuncia di rescissione o di risoluzioni".

(41) Cfr. MESSINEO, supra nota 62, p. 353; MAZEAUD, supra nota 12, p. 246 (Cap. I).

y 1065 C.c.). Por ser una adquisición suigéneris (anómala), no ha sido tipificada entre los medios generalmente admitidos de adquisición del dominio.

La AND no es una adquisición mediante convenio. Es esta una de las características más relevantes de esta institución. No basta como en la generalidad de los casos, con el solo consentimiento para adquirir la propiedad del bien mueble. Se requiere, además, la tradición del mismo al tercer adquirente, así como que éste sea de buena fe (42).

La propiedad se adquiere según el art. 481, "por" la tradición, si es hecha en virtud de un título hábil. El que se requiera un título hábil, evidentemente ha sido visto -- por el legislador, como un requisito importante, pero accesorio. Se ha hecho énfasis en el acto jurídico que constituye la tradición de la cosa y en el cumplimiento del mismo, descansa primordialmente, el objetivo que se busca con la regla del art. 481, es decir, otorgar la propiedad al tercer adquirente. Ha buscado con ello el legislador, mantenerse lo más cerca posible del principio, "En materia de muebles, la posesión equivale al título", ya que con exigir la "tradición" de la cosa, ha querido sin duda exigir la posesión de la cosa por parte del adquirente. Pero no nos engañemos: la tradición o posesión de la cosa por parte del ad-

(42) En el Tercer Capítulo analizaremos lo relativo a la -- buena fe del adquirente.

quirente, no puede por sí, lograr el efecto amparado en la norma del art. 481. Como tantas veces hemos indicado, se exige un título hábil, con lo cual el art. 481 se aleja de la máxima francesa, en donde solamente basta la posesión (de buena fe y animus domini), para conseguir el efecto deseado.

Frente al propietario no es oponible una transmisión "solo consensu", modalidad que, siguiendo el Derecho francés ha sido consagrado en nuestro Código civil (43). Interpartes sigue operando los efectos que la ley concede corrientemente al solo consentimiento. Se plantea una doble perspectiva en el sentido de que, frente al enajenante, el adquirente se convierte en propietario con el solo convenio, así como frente a la comunidad en general, excepción hecha de quienes tengan un derecho en la cosa, pues respecto de ellos, la adquisición será eficaz solo si se verifica la tradición de aquélla. Respecto a estos terceros, el adquirente no es sino quien tiene una mera expectativa de adquirir el derecho que supuestamente le ha transmitido el aparente propietario.

El artículo 481 exige en términos genéricos la "tradición" de la cosa al tercero. Se suscita la duda de qué tipo de tradición es la procedente, o si por tanto, es admisible cualquier modalidad de la misma. El artículo 1065 C.c., precisa en este sentido que, para adquirir por compraventa una

(42) Véanse los arts. 480, 1049 y 1054 del Código civil.

cosa ajena, debe verificarse la tradición real de la cosa --
(44). Persiste la duda sobre qué criterio se debe seguir ---
cuando se trata de una enajenación distinta de la compraven-
ta. ¿Cabe una tradición ficta?

Suscita particular interés, la posibilidad de una AND -
mediante "constitutum possessorium". Para la doctrina domi--
nante es inadmisibile (45). Se ha recurrido para ello a diver
sos argumentos: el más utilizado es quizás aquél que toma en
consideración la confianza dispensada por el adquirente el -
tradens, al permitirle conservar la posesión inmediata de la
cosa, con lo cual le concede la misma confianza del propieta
rio que le entregó la cosa: al no existir entonces una razón
que justifique la superior protección a la confianza del ad-
quirente, se rechaza la AND (46). También se alude al princi

(44) Para DIEZ PICAZO, L., La tradición y los acuerdos tras-
lativos en el Derecho español publicado en el Anuario -
de Derecho civil, 1966, p. 563, el nombre "traditio" de
be reservarse para la tradición real. Los demás tipos -
que la doctrina dominante conoce como "tradición ficta",
estima que deben comprenderse bajo la rúbrica de "acuer
dos traslativos". Nuestro Código civil, en su artículo
482 acoge el termino "tradición", para las otras hipo^{te}
sis que se conocen como "tradición ficta".

(45) Cfr. entre otros, BARASSI, supra nota 123, p. 458 (Cap.
I); MONTEL, supra nota 24, p. 314 (Cap. I); WEILL, su-
pra nota 14, p. 413 (Cap. I); SACCO, supra nota 75, p.
127 (Cap. I); SANZ, supra nota 60, p. 158 (Cap. I); HE-
DEMANN, supra nota 68, p. 193 (Cap. I).

(46) Cfr. WOLFF, supra nota 24, p. 460 (Cap. I); PEREZ, B. y
ALGUER, J., Anotaciones al Derechos de Cosas de Wolff -
en el Tratado de Derecho civil, III-I, p. 466; PUIG BRU
TAU, supra nota 32, p. 132 (Cap. I), GARCIA VALDECASAS,
supra nota 33, p. 59.

pio germánico, "Allí donde has puesto tu confianza, allí debes buscarla", en el sentido de que si el propietario reclama la cosa, la encontrará (y con ella su confianza), en el mismo lugar en donde la dejó, en poder del enajenante. (47).

La doctrina y la jurisprudencia italiana no admiten la AND mediante constituto posesorio, por la misma razón por la cual solo se puede adquirir a non domino por una transmisión inter-vivos y es porque el artículo 1153 del Código civil italiano, exige la entrega de la cosa al adquirente, lo que solo significa una cosa y es la tradición real de la misma (48). Se exige un acto de "aprehensión" de la cosa de parte del adquirente (49). En el derecho positivo alemán prevalece la misma solución (50).

(47) Cfr. HEDEMANN, supra nota 68, págs. 194-195.

(48) En este sentido la sentencia de Pretura romana de 31 de julio de 1957, publicada en Temi Romana, 1958, p. 34. - Así también la sentencia de Casación de 17 de marzo de 1950 en Foro It. 1950, I, 1177.

(49) Es de esta opinión GENTILE, supra nota 75, págs. 191-92. En el Derecho francés así opinan. MAZEAUD, supra nota 12, págs. 245, 337 (Cap. I); CARBONNIER, supra nota 13, II-2, p. 460 (Cap. I); En el Derecho español es de este criterio SANZ, supra nota 60, p. 158. Para MENGONI, Gli acquisti, p. 129, "(...) la consegna (...) deve comportare, da parte dell'alienante, la dismissione non solo dell'animus possidendi, ma anche del corpus possessionis: deve insomma essere tale da attribuire una disponibilità di fatto della cosa non subordinata alla volontà del tradens".

(50) El parágrafo 933 del BGB, dispone que: "Si una cosa enajenada según el parágrafo 930 (mediante constituto posesorio) no pertenece al enajenante, el adquirente se hace propietario cuando le es entregada por el enajenante, a no ser que él -el adquirente- no esté de buena fe en este tiempo".

Se recurre también a un argumento que se encuentra en relación con la doble enajenación, en el sentido de que para resolver el conflicto entre los sucesivos adquirente, se hace necesaria la distinción entre tradición real y consensual (por constituto posesorio). Si fuera procedente la adquisición mediante constituto posesorio, obtendría el derecho, no quien entrara en posesión inmediata de la cosa mediante un título hábil, sino aquel que tuviera un título anterior y fuere poseedor mediato, con lo cual las regulaciones relativas a la AND, perderían todo su valor (51). Se debe escoger entre uno de los dos (o entre más, si la enajenación fue múltiple) y ese será aquel que haya adquirido la posesión inmediata de la cosa, por estar en mejores condiciones que su contrincante, siempre y cuando hubiera procedido de buena fe.

A nuestro juicio, el argumento que revela mayor solidez para rechazar la AND mediante constituto posesorio, es aquel que pretende con ese rechazo, evitar las transmisiones simuladas (52).

Mediante este tipo de acuerdos, se abusa con excesiva frecuencia de la confianza del propietario, que entrega temporalmente la cosa a otra persona. De aquí resulta, que el fundamento utilizado para excluir la protección del tercer

(51) Cfr. NICOLÒ, C., Nota a la sentencia de 31 de julio de 1957 de Pretura Romana publicada en Temi Romana, 1958 - p. 34.

(52) Véase la sentencia de la Sala de Casación costarricense de 11 de mayo de 1933.

adquirente, no ha de buscarse tanto en una tendencia doctrinal, como en el producto de la experiencia, ya que generalmente, como señalábamos, se trata de actos simulados, mediante los cuales el non dominus, quiere obtener un provecho a costa del propietario (54).

Es importante destacar y que cae por su propio peso la insuficiencia de una posición legislativa del tipo "todo o nada". Dicho en otras palabras, no es idónea una regla sin excepciones, pues rechazando la AND mediante constituto posesorio, se perjudica a quienes de manera correcta y honorable utilicen ese pacto. Al hacer esta afirmación pensamos no solamente en el adquirente de buena fe, sino también en el mismo enajenante si ha procedido de buena fe, sino también en el mismo enajenante si ha procedido de buena fe, quien se encontrará con la frustración del negocio y con la consiguiente responsabilidad que le incumbe, por el incumplimiento con el adquirente (55). Se pueden asimismo presentar ciertas situaciones en las cuales, por motivos justificados y sin mediar el pacto posesorio (56), la cosa no se entrega al adqui

(54) Para TRIMARCHI, supra nota 80, p. 597, solo la tradición real refuerza y justifica suficientemente la buena fe del tercero y consolida su interés a conservar la cosa.

(55) Véase en este sentido el minucioso análisis de BOEHMER, G., El Derecho a través de la jurisprudencia (Bosch, -- Barcelona, 1959) p. 74 y ss.

(56) Señala GUZMAN, supra nota 59, (Cap. I). págs. 187-188, que no existe constituto posesorio, "(...) por el solo hecho de que el enajenante al momento en que conviene con el adquirente de la cosa, no pueda entregar o tras-

rente, v.g., por un caso fortuito o fuerza mayor, o por lo - que es más frecuente, por la poca manuableidad de la misma. En estas hipótesis, comprobadas dichas circunstancias impeditivas en una tradición real, no hay porque presumir una transmisión simulada (57).

Creemos que debe buscarse en estos casos una solución - equitativa y para ello lo apropiado es valorar las circuns--tancias que concurren en cada caso en particular, dependiendo de las mismas el que la decisión se incline en uno u otro sentido, sea permitiendo o denegando la AND mediante constituto posesorio. Es oportuno mencionar la crítica de Sacche--tti (58), en el sentido de que, si al rechazar la AND con --

(cont, de la pág. anterior)

ladar ésta a poder del accipiens y deba permanecer en - sus manos (...) debido a que, no habiéndose pactado nin--gún derecho en favor del tradens por el que retenga la cosa, éste no ha adquirido poder alguno que le permita una retención (...)"

(57) Ofrece mayores dudas el curioso caso en el cual el tradens se convierte, ya no en mediador posesorio del accipiens, sino que, y en el mismo acto de enajenación, en su servidor posesorio. Para HEDEMANN, supra nota 68 - - (Cap. I), p. 177, debe estimarse que en esta hipótesis se constituye un constituto posesorio. Pero lo cierto - es que el servidor de la posesión es solo un detentador (subordinado) y no un poseedor; el propietario es quien retiene la posesión inmediata de la cosa. ¿Debe entonces entenderse que se ha realizado la tradición real de la cosa? ¿Se ha convertido el adquirente en propietario? El punto es complejo. Lo que no estimamos correcto es - considerar que ha operado la tradición real de la cosa, la que no ha sufrido ningún desplazamiento hacia el adquirente. Se trata de una situación sui-generis, que no tiene tampoco porqué ser prejuzgada, sino que debe analizarse a la luz de las circunstancias concretas y luego determinar si procede o no la adquisición.

(58) Supra nota 57 (Cap. I), p. 669. Para este autor, debe -

constituto posesorio, se busca evitar posibles fraudes, estos podrían también tener lugar sin necesidad de recurrir al constituto posesorio; bastaría con que el tradens entregue la cosa por unos instantes al adquirente, para que se tuviera por operada la AND en perjuicio del propietario. Con esto llegamos al siguiente corolario: si se acepta la retransmisión de la cosa (59) y también la constitución posterior a la AND, de una mediación posesoria, con posesión inmediata del non dominus, debe admitirse también la AND por constituto posesorio y a la inversa, si esto último no se admite, no se debería aceptar ni la retransmisión ni la posterior constitución de una mediación posesoria entre adquirente y enajenante (quienes quedarían como poseedor mediato e inmediato, respectivamente) (60).

(cont. de la pág. anterior)

admitirse la AND mediante constituto posesorio. El supuesto de la doble o múltiple enajenación de una cosa, es una excepción, en la cual no debe admitirse el constituto posesorio.

(59) La doctrina admite la retransmisión. Véase infra nota - 73.

(60) Sobre el tema opina GENTILE, supra nota 75, p. 192, que "Il rigore di questo requisito (tradición real) potrebbe essere eluso di una parvenza di "consegna": potrebbe cioè l'alienante consegnare "realmente" la cosa all'acquirente e subito dopo riprenderla a un titolo che comporti detenzione, inscenando quella commedia, che fu il punto di partenza del constituto possessorio. Urbene, riteniamo che in tal caso l'acquirente non potrebbe opporre l'acquisto ex art. 1153 (AND) alla rivendica del proprietario. E' da ritenere, cioè, che se la cosa mobile torna in potere dell'alienante, essa soggiaccia alla rivendicazione. Se fosse altrimenti, tanto varrebbe autorizzare l'acquisto ex art. 1153 mediante constituto possessorio".

En nuestro derecho positivo no creemos posible admitir la AND si hay un pacto posesorio, por el cual el enajenante retiene la posesión inmediata de la cosa. La tradición ficta a que se refiere el artículo 482 del Código civil, alude a otras situaciones y no a la AND, en la cual se debe hacer aplicación extensiva del artículo 1065 idem, referente a la hipótesis más importante de AND y que es cuando el "título hábil", está constituido por una compraventa. Para que se verifique la AND, este artículo exige la tradición "real" de la cosa al adquirente, excluyendo la posibilidad de que se adquiera mediante el constituto posesorio. Si esto es así en este caso, se debe decir lo mismo para otras enajenaciones, distintas de la compraventa.

En lo personal, ya señalamos cual era nuestro criterio. Creemos que en la práctica debe atemperarse esta exigencia. Las decisiones jurisdiccionales no pueden desligarse de la realidad; la labor del juez no es de simple aplicación mecánica de las normas; debe valorar aquellas circunstancias que le permiten extraer elementos de convicción, tendientes a encontrar un punto de equidad entre los intereses en conflicto y no debe basarse en esquemas prefabricados apropiados solo para ciertos casos. Creemos que en determinadas hipótesis, a las que antes aludimos, es razonable admitir la AND, si ha mediado un constituto posesorio, si no existen motivos para presumir que la enajenación es simulada.

El requisito de la tradición real, no implica necesariamente, el contacto físico del adquirente con la cosa; basta el hecho de que éste pueda ejercer un control sobre ella. -- Por ejemplo, si ha sido depositada en su habitación o en un depósito público (62), o si por instrucciones del adquirente se entrega a un tercero (63). Resulta innecesario que dicha entrega la realice el propio tradens; basta con que la verifique su empleado o dependiente que fuere autorizado para ello, o en fin, cualquier otra persona que hay sido legitimado para verificar esa entrega (64). No obstante veremos en el Tercer Capítulo (p. 361), que un tercero, sin relación alguna con el enajenante, puede procurarle la posesión al adquirente y lograr que adquiriera la propiedad de la cosa, si a pesar de todo era de buena fe y no incurrió en culpa grave (y tenía título hábil).

En lo concerniente a los otros medios de tradición, se debe admitir en primer lugar la AND mediante tradición "brevis manu", por existir en la especie una tradición real (65),

(62) Cfr. MENGONI, Gli, acquisti, págs. 129-130.

(63) Cfr. HEDEMANN, supra nota 68 (Cap. I), p. 194. Puede suceder también, que un acreedor del transmitente (non dominus) le indique a éste que haga pago con la cosa no a él, sino a un tercero, acreedor suyo. Es este último entonces quien se convierte en adquirente a non domino, si cumple con los requisitos legales. Véase en este sentido a SCHLESSINGER, P., El pago al tercero (Ed. Rev. de Der. Pri., Madrid, 1971) p. 122.

(64) GENTILE, supra nota 75 (Cap. I), p. 192.

(65) KUMMEROW, supra nota 21, p. 16, GENTILE, supra nota 16, (Cap. I), p. 247.

Lo contrario debe decirse si la tradición ha sido simbólica (66), v.g. la entrega de las llaves en donde se guardan los bienes adquiridos. La entrega de estos objetos simbólicos, no implica ningún cambio de posesión de la cosa enajenada - (67), que es lo que se exige.

No habrá adquisición, por falta de tradición, y aun -- cuando haya un título hábil, si el adquirente se apropia -- clandestinamente de la cosa o por despojo violento (68), a menos que la adquisición sea ratificada por el non dominus, poseedor de la cosa al momento del apoderamiento.

Si se trata de la AND de una cotitularidad en una cosa se debe distinguir en el sentido de que puede ser una cotitularidad en la cosa enajenada a varios coadquirentes del - dominio, o de un derecho real limitado de disfrute (69), el que según veremos, es también adquirible a non domino; o --

(66) Cfr. GENTILE, supra nota 75, p. 191; MENGONI, Gli acquisti, p. 129. En cambio para MARTY y RAYNAUD, supra nota 5 (Cap. I), págs. 383-384, siguiendo la jurisprudencia francesa, es suficiente, "(...) la remise d'un warrant légalment représentatif de la chose warrantée, même s'il s'agit d'un warrant à domicile, ou le marquage d'une coupe de bois (...)".

(67) LAURENT, supra nota 129, p. 473.

(68) Para MONTEL, supra nota 105, p. 132, es admisible la - AND, si la posesión obtenida por acto unilateral es pública y pacífica. Para GENTILE, supra nota 16 (Cap. II) p. 246. "Può equi pararsi alla traditio la presa di possesso per atto unilaterale, purchè avvenga col consenso dell'alienante".

(69) Cfr. PEÑA, supra nota 32 (Cap. I), p. 735.

bien pueden los coadquirentes constituirse en cotitulares de esos mismos derechos, conjuntamente con el tradens o constituyente en su caso. En el primer supuesto no hay duda: cumplidos los requisitos del artículo 481, se convertirán en adquirentes de los respectivos derechos. Ahora bien, si la cotitularidad se ejerce conjuntamente con el enajenante (titular aparente) o constituyente, si la adquisición versa sobre un derecho real limitado (usufructo, uso), es posible que en un momento determinado la cosa se encuentre en posesión inmediata de quien enajenó o constituyó el derecho en la cosa, - como cotitular (aparente) que es en la cosa, con lo cual tendría lugar una situación similar a la AND mediante constituto posesorio, en especial si la cosa no había pasado antes a manos de algún otro cotitular de buena fe. ¿Procede la reivindicación por falta de tradición real de la cosa?. Si ésta no había sido entregada a ningún otro cotitular, la reivindicación, de acuerdo con el art. 481 Cc., es procedente, por faltar el requisito de la entrega. Si había pasado ya a manos de otro cotitular, el problema se complica; solo tendría derecho a invocar el art. 481, el cotitular de buena fe que había entrado en posesión de la cosa, técnicamente, al menos durante un instante, o sea con la sola "aprehensión" de la cosa. Pero siempre subsiste la duda, de si el propietario -- perjudicado puede reivindicar la cosa, pues la encontrará en la misma persona en la cual el depositó su confianza y a pe-

sar de que ahora desconozca su derecho.

De no admitirse la AND mediante constituto posesorio, - habría que rechazarla también en esta hipótesis; el cotitu--
lar ha demostrado la misma confianza del propietario perjudi--
cado, al permitir que el non dominus tenga la posesión de la
cosa e incluso se puede llegar a presumir la mala fe del ter--
cero -cotitular-, sobre todo si su posesión ha sido muy cor--
ta. La diferencia con la AND con constituto posesorio es bas--
tante significativa y es que el tercero en la hipótesis que
analizamos ha entrado en posesión real de la cosa, al menos
por un plazo y luego la reentrega al non dominus, mientras -
que si hay un constituto posesorio, el tercero no ha entrado
en la posesión real del objeto, lo que para la mayoría de la
doctrina, como pudimos observar, es un hecho importante, tan--
to que impide la AND. Pero si se debe presumir la mala fe --
del adquirente y que la transmisión fue simulada, al permi--
tir que el tradens permanezca con la posesión inmediata de -
la cosa, ya vimos con Sacchetti, que también podría pensarse
lo mismo en cualquier caso en que el non dominus adquiriera la
cosa, de quien a su vez había sido su adquirente (y por tan--
to obtuvo la posesión material de la cosa). De manera que, -
por el hecho de entrar el accipiens en posesión de la cosa,
no debemos presumir su buena fe, sino su mala, si sucesiva--
mente la reentrega a su enajenante, aun cuando haya adquiri--
do en ella solo una cotitularidad y únicamente la reentregue,

de acuerdo con lo pactado, y no la retransmita.

En síntesis, creemos que en la especie, la reivindicación es admisible por suponerse la existencia de mala fe en el adquirente de la cotitularidad. Pero también estimamos -- procedente la prueba en contrario, en el sentido de poder de mostrar el tercero que ha actuado de buena fe, ya que si --- cuando tratamos el constituto posesorio, admitimos la posibilidad de proteger al tercero a pesar de ser solo poseedor mediato, con mayor razón en este caso, en donde el accipiens -- obtuvo la posesión de la cosa, siquiera brevemente; demostrada su buena fe, debe ser protegido y concedérsele la cotitularidad sobre el mueble.

La solución es otra de estar la cosa en posesión inmediata de un cotitular distinto del non dominus (o constituyente del derecho real limitado). Si es de buena fe y su título es hábil, adquiere la respectiva cotitularidad sobre la cosa, en perjuicio del propietario. Este recuperará únicamente el derecho que, supuestamente, le correspondía en la cosa al non dominus.

4.- El artículo 481 tantas veces citado, regula un conflicto entre terceros. El tercero a que alude este numeral - ("La propiedad de los muebles se adquiere respecto de "tercero" ..."), es todo aquel que al momento de la adquisición te

nía un derecho sobre la cosa y resulte consiguientemente perjudicado con ella. Desde este punto de vista la noción de -- "tercero" es muy amplia y comprenda no sólo al propietario, sino a todo aquel que tuviera un gravamen, una garantía o un privilegio sobre la cosa y que fueran ignorados, sin culpa grave por el accipiens. Además, comprende a quienes hubieran adquirido un derecho personal de disfrute sobre la cosa, objeto de la AND.

El adquirente es un "tercer" adquirente; el mediador posesorio del dominus no podría invocar el art. 481, para apropiarse de la cosa, que v.g., custodia como depositario. Lo anterior no solamente por carecer de buena fe y título hábil sino por cuanto su posición jurídica en relación con el propietario, se lo impide hacerlo, pues el artículo 481 es regla de terceros y no actúa inter-partes, en donde rige la ley fijada por ellas mismas. El adquirente es quien, sin ser parte en la creación y desenvolvimiento de la relación jurídica preexistente, se pone en contacto con ella por medio de la adquisición de un derecho real sobre la cosa (70). Al realizarse este contacto, la relación anterior se ve afectada y eventualmente destruida si la adquisición llega a verificarse. Distinto es si la segunda relación ha sido uno de los objetivos de la primera, porque entonces el mediador posesorio solo ha acatado las órdenes del propietario. El adquirente -

(70) Cfr. ROCA SASTRE, *supra* nota 25 (Cap. I), p. 269.

no lo es a non domino sino "a domino" y no es un tercero calificado a los efectos del artículo 481, sino un tercero simple. Esta situación persiste no obstante el mandato sea revocado, ya que entonces las facultades del mandatario se entienden prolongadas por ley (art. 1287 C.c.) (71) en beneficio de los terceros de buena fe, que son solo terceros formalmente hablando y no tercero adquirentes a non domino (72), como tampoco es un tercero calificado el mandante, que ha entregado la cosa al mandatario para que disponga de ella y si luego revoca el poder, eso no altera la situación del mandatario, cuyas facultades son prolongadas legalmente.

Hemos considerado oportuno referirnos aquí al tema de la retransmisión de la cosa al non dominus. En otras palabras, la transmisión que el adquirente a non domino verifica, en favor de quien le había enajenado a non domino la cosa mueble.

Si gracias a la actuación del non dominus se le causa un daño, por lo general irreparable, al propietario anterior, se plantea el problema de si debe o no permitirse la retransmisión de la cosa al non dominus.

Normalmente el titular aparente lo es de mala fe; resultaría entonces insólito permitirle adquirir la cosa para sí, de manos de quien era el verdadero propietario, con grave sacrificio de quien era el verdadero propietario de la cosa.

(71) Véase infra pág. 288.

(72) Véase en este sentido a MENGONI, Gli acquisti, págs. 333-334.

Es relativamente sencillo para el non dominus, prevaleciéndose de su situación de poseedor, enajenar la cosa a quien se obliga a restituirla por un pacto de retroventa, o bien, el tradens podría entrar en colusión con el adquirente, cuya buena fe se presume, según veremos en el Capítulo Tercero (y conforme al art. 286 del C.c.). Bastaría con que el tercero retuviera la cosa por un instante a título de propietario mediante un título hábil, para que se operara la adquisición y pudiera sucesivamente retransmitir la cosa. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera tener el tradens (non dominus), es este un medio para burlar las obligaciones adquiridas con el propietario, garantizándose la obtención de la propiedad de la cosa, ya que al haber adquirido el tercer adquirente la propiedad en la misma, la sucesiva transmisión que éste realice, es en realidad una "transmisión" de un derecho que efectivamente se tiene sobre la cosa. La adquisición es entonces "a domino". El propietario anterior se encontrará, de un día para otro con que el mediador posesorio ya no lo es, sino que ahora posee el mueble a título de propietario.

Es perfectamente posible que el non dominus haya enajenado la cosa de buena fe, producto de la creencia, sin culpa grave, de haberla recibido a título de propietario, v.g., si se encontraba entre los bienes de la herencia en la cual es heredero y de buena fe cree, al adjudicársele, que pertene--

ció al causante. En esta circunstancia, la retransmisión ofrece menores inquietudes.

Pero sobre qué base -y esto es lo más importante- puede el anterior propietario exigir la restitución de la cosa; ha dejado de ser propietario desde que el tercero adquirió la cosa. Aun siendo de mala fe el non dominus adquirente, todo señala que el propietario no está legitimado para incoar la acción reivindicatoria. Aun cuando la cosa entre en el patrimonio de quien es su deudor, no tendría ningún derecho sobre ella, pues su derecho real se ha extinguido, quedándole un derecho personal a exigir una indemnización por los daños -- causados. Técnicamente esta sería la solución, aceptada por parte de la doctrina(73).

A nuestro juicio, es una grave inconveniencia dar entrada sin reservas a la retransmisión, que en la mayoría de los casos, iría en favor de quien estafó o se apropió indebidamente de la cosa, lo que obviamente debe evitarse.

Para Amorós (74), el problema debe enfocarse no tanto -

(73) Sin plantearse esta problemática, estima WOLFF, supra - nota 24 (Cap. I), p. 462 que: "(...) el adquirente puede (...) enajenar la cosa (...) a la misma persona de la cual la había adquirido". HEDEMANN, supra nota 68 -- (Cap. I), p. 185, admite también la retransmisión. "Naturalmente -dice- hay que evitar que por este camino se cometan fraudes". Indica a continuación, que en caso necesario, es decir, de fraude, se acudirá al parágrafo 826 BGB, referente a la indemnización por el daño causado, por lo que siempre admite la retransmisión.

(74) Supra nota 64 (Cap. I), p. 225 (en nota).

en relación con la buena o mala fe del non dominus adquirente, sino en cuanto la protección jurídica se extiende a los terceros adquirentes, y frente al reivindicante, el non dominus-accipiens, no lo es, sino que es parte. Se puede ver en esta solución, una aplicación del principio germánico: "Allí donde has depositado tu confianza, allí debes buscarla"; si el propietario demanda la entrega de la cosa, el non dominus, de acuerdo con este principio, estaría obligado a restituirla.

Para oponerse a la reivindicación del propietario anterior, el non dominus adquirente, no necesita alegar que es un tercer adquirente. En realidad, no es un "tercer" adquirente, que con su adquisición perjudique el propietario anterior, por cuanto adquirió de quien legalmente disponía de la cosa, respecto a la cual, por lo tanto, el propietario anterior no reservaba ningún derecho. Bastaría demostrar haber adquirido del tercero, adquirente a non domino, para rechazar la reivindicación, sin tener que invocar las reglas relativas a la protección de los terceros adquirentes.

Creemos que la alternativa gira siempre en torno de la buena o mala fe, no tanto del non dominus-adquirente como opina Melón (75), sino en relación con quien, por medio del

(75) MELÓN, supra nota 35 (Cap. I), p. 128, hace las siguientes observaciones: "Si el comerciante retroadquiere de aquel a quien el enajenó en las condiciones del artículo 85 (del Código de Comercio español, que regula la AND de mercancías adquiridas en establecimientos mercan

cual, el non dominus, ahora adquirente, se encuentra en posibilidad de adquirir el derecho sobre la cosa, que no necesariamente debe ser el de propiedad, pudiendo ser un derecho real inferior. Ya vimos que, cuando el adquirente a non domino deja la cosa en posesión inmediata del tradens, por existir un pacto posesorio al momento del contrato, no se convierte en propietario (en principio), por tener lugar una presunción de mala fe o de adquisición simulada, reteniendo la cosa el non dominus, con vista en realidad a adquirirla y poseerla para sí. Si se debe presumir en este caso una transmisión simulada, con mayor razón cuando el non dominus es un adquirente de la cosa, en donde se despejan sus intenciones, las que, cuando se ha constituido un pacto posesorio simultá (cont. de la pág. anterior)

tiles) adquiere de un verdadero titular y de ahí que no tengan eficacia los conceptos de la buena o la mala fe. Es indudable que esta rigurosa técnica jurídica puede ser un medio de burlar la ley por parte del comerciante, que recurriendo a esta añagaza pueda conseguir: a) convertirse él mismo en titular real y efectivo de la mercadería, b) convertir a un tercero de mala fe en propietario de dicha mercadería mediante el recurso de interponer a un tercero de buena fe. De todas formas el concepto de fraude a la ley, en muchos casos, vendría a impugnar esta situación injusta nacida de una rigurosa técnica jurídica". En nota al pie agrega: "Podrá acudir se al recurso de fraude a la ley, como medio de suavizar el rigor y la injusticia a que en este caso conduciría la técnica jurídica (...). Pero si no hay esta intención de crear artificialmente condiciones para la aplicación de una norma que resulta favorable, no podrá recurrirse a este medio. No dándose, pues ab initio esta intención de burlar la ley, no creemos pueda privarse de la cosa al subadquirente, sea éste un tercero o sea el propio comerciante (...)"

neamente con el contrato de enajenación a non domino, se encuentran disimuladas con la posesión alieno nomine que ejerce sobre la cosa. La reivindicación del propietario prosperaría en base, a no haber en el fondo el adquirente a non domino obtenido la propiedad de la cosa, por presumirse su mala fe, salvo que el non dominus retroadquirente, pudiera invocar en su beneficio el art. 481 C.c. Con esta solución estaríamos en armonía: a) Con la doctrina y nuestro derecho positivo, cuando estima y dispone, respectivamente, que la tradición debe ser real, de lo contrario, como vimos, se presume la mala fe del tercer adquirente y que la transmisión fue simulada. La alternativa que proponemos, es un corolario de este aspecto; b) Con el más riguroso tecnicismo, para el cual la mala fe del non dominus-adquirente, no impide la retransmisión, si el tercer adquirente se convirtió en propietario de la cosa y no obstante el propietario anterior la encuentra en manos de la misma persona en la cual había depositado su confianza.

Si sostenemos que el propietario se encuentra en posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria, también quien tuviera un derecho real inferior, constituido con anterioridad a la frustrada AND, no debe resultar afectado por la retransmisión; es lógico que, si la cosa vuelve al propietario, ese derecho no deba afectarse.

Lo mismo decimos, si lo que se tenía era un privilegio

en la cosa, v.g., si había sido embargada por un acreedor del propietario. Si es enajenada por el tercero que la custodiaba en calidad de depositario judicial, la retransmisión a éste, no afecta el derecho del acreedor, quien no estará obligado a embargar de nuevo la cosa, con la consiguiente economía procesal.

-o-o-o-o-o-o-o-o-o-o-

El artículo 481 C.c. no se ha limitado a regular la AND, sino que también tiene otra función, producto de su amplia redacción y de la práctica: regula las adquisiciones "a vero domino".

Si el propietario enajena una cosa de su propiedad sobre la cual un tercero había adquirido un derecho, el adquirente recibe la cosa libre del mismo, si lo ignora sin culpa grave, si cumple con los requisitos del art. 481, es decir, con la tradición y si tiene un título hábil. A pesar de que el derecho adquirido por el tercero, "adquirente a domino", es derivado y no originario, por disponerlo el art. 481, se extinguen los gravámenes anteriores, salvo si son de carácter público y, como dijimos, si el adquirente no los ignora, o lo hace con negligencia(76). Por ejemplo, cuando se había consti

(76) Sin hacer este matiz, BRENES CORDOBA, A., Tratado de las obligaciones (Juricentro, San José, 1977) p. 208, reconoce genéricamente que: "(...) conforme al principio (...) la posesión vale por título (en su efecto sustantivo), el que de buena fe adquiere algún bien de esta clase - (mueble) y entra a poseerlo, se hace inmediatamente dueño de él, aun contra terceros de mejor derecho".

tuido sobre la cosa una prenda sin desplazamiento de posesión, se considera que el adquirente ha procedido, al menos con culpa grave, pues de acuerdo con el art. 554 del Código de Comercio, este tipo de prenda debe inscribirse en el Registro de Prendas y, de estar inscrita, el adquirente no debió ignorar el derecho del acreedor pignoraticio, quien no encontrará obstáculo en sacar a remate la cosa empeñada, llegado el momento de hacerlo.

La adquisición de una cosa cuyo propietario la ha adquirido sujeta a una condición resolutoria, estimamos, no se regula por el art. 481. El adquirir la cosa del propietario, no supone ningún perjuicio para un tercero, que es el supuesto de aplicación del art. 481. El posible perjuicio tendría lugar solo si la enajenación se verifica con posterioridad a la resolución del derecho del transmitente, quien sería entonces un non dominus. Antes de que esto ocurra, la enajenación y correlativa adquisición del derecho, tiene lugar por el principio general, aceptado en nuestro Derecho, de transmisión "solo consensu": arts. 480, 1049 y 1054 del Código civil. Quiere esto decir, que, a pesar de no haber tenido lugar la tradición de la cosa cuando el derecho del enajenante es resuelto, la adquisición como regla, estará firme, si las partes habían llegado a un acuerdo, sobre cosa y precio (si se trató v.g. de una compraventa; art. 1049 C.c.), antes de la mencionada resolución. Que se pueda considerar que, por -

no mediar la tradición el adquirente es probablemente de mala fe y la transmisión sea simulada, es otra cosa. Nuevamente caemos en un problema similar a la AND mediante constituto posesorio, pero los supuestos de hecho en uno y otro caso son distintos: en la última hipótesis, sí existe un tercero perjudicado, mientras que en la especie analizada no lo hay, al menos teóricamente, en cuanto el convenio se verificó antes de la resolución del derecho del enajenante. A pesar de no enmarcarse este caso en el ámbito del art. 481 C.c., por mostrar cierta analogía de situación, la del adquirente "a domino" cuando adquiere en perjuicio de tercero (y por tanto se regula en el art. 481) con la del adquirente "a domino" - de quien tiene su derecho sujeto a una condición resolutoria, podría eventualmente presumirse, de hecho, y en determinadas hipótesis, la mala fe del adquirente, que contrató antes de la resolución del derecho de su dante-causa, pero no adquirió la posesión de la cosa, si existen indicios graves que lo confirmen. Eso sí, no estimamos que se deba ser tan exigente como cuando se adquiere una cosa de un non dominus, en el sentido de que no se ha de requerir la posesión material de la cosa; bastará que la sea mediata, siempre que se ajuste a las disposiciones establecidas en el artículo 482-III - del Código civil.

Otro tanto debemos decir para cualquier hipótesis dis--

tinta en la cual también se resuelva el derecho del propietario. De acuerdo con el artículo 1025 C.c., los contratos no producen efectos sino entre las partes contratantes; "no perjudican a terceros". Formalmente al menos, el adquirente es un tercero y no debe resultar afectado por consiguiente por la resolución del derecho del dominus, salvo, hemos estimado, si se puede llegar a presumir su mala fe, a lo cual contribuye la falta de tradición de la cosa.

Si el derecho del enajenante tiene un vicio de nulidad, el adquirente se encuentra protegido del mismo, no por aplicación del artículo 481, pues mientras no se declare la nulidad, no se puede hablar con propiedad de tercero perjudicado, pero sí por aplicación del artículo 849 C.c., cuando dispone que: "Las acciones rescisorias no podrán hacerse efectivas - contra terceros poseedores de buena fe sino en los casos expresamente señalados por la ley". Este artículo exige la posesión de la cosa al adquirente, que es a quien se refiere, cuando alude a los "poseedores de buena fe". No será por tanto oponible, una transmisión "solo consensu"; la cosa debió haber pasado a posesión del adquirente, al menos en forma mediata.

Más adelante veremos también, en el caso concreto de la donación, que, si la misma se revoca, quien hubiera adquirido la cosa donada, no está sujeto a su restitución, si a pe-

sar de no haber adquirido la posesión de la misma, tenía un título de adquisición anterior a la revocación. La razón se fundamenta igualmente, en que, el donante no era un tercero calificado "respecto del cual" el adquirente estuviere adquiriendo eficazmente la cosa, como supone el art, 481, para entrar en vigencia. La falta de tradición de la cosa, indiciariamente puede tenerse en abono de la mala fe del adquirente, pero no la señala *a priori* con carácter de presunción, en todo supuesto en que el adquirente no sea poseedor, como cuando estamos ante una AND.

Hemos visto como ha sido posible enmarcar dentro del -- contexto del artículo 481 C.c., las adquisiciones "a vero -- domino", si con ellas se perjudica a un tercero. Es necesario determinar cómo se aplica dicho artículo, en relación -- con este tipo de adquisiciones, cuando señala en la parte -- segunda, los supuestos en los cuales procede la reivindicación de la cosa. En otras palabras, cuando alude a las si-- tuaciones en las cuales el tercero, afectado con la adquisi-- ción, puede reclamar la cosa. El artículo citado se refiere en estos supuestos a la "reivindicación" de la cosa, y como se sabe, técnicamente, solo el propietario esta en capaci-- dad de ejercer dicha acción. Pero precisamente, en el caso que analizamos, el propietario es quien realiza la confrontación de intereses al enajenar una cosa gravada y no será

quien por consiguiente la reivindique, a más de no tener derecho para hacerlo, ya que la desposesión obedeció a su voluntad y tiene la obligación de entregar el objeto al accipiens. A quien le corresponde ejercer un reclamo, es al perjudicado con la enajenación, pero por no ser éste el propietario, se plantea el problema de determinar si el afectado puede o no reclamar la cosa con base en el artículo 481, si v.g. el adquirente es de mala fe o carece de título hábil. Se plantea también, si el tercero perjudicado puede hacer valer sus derechos directamente, contra quien adquirió la cosa de la cual el propietario o el mismo poseedor con derecho real limitado, fue desposeído involuntariamente.

El artículo 481 ha surgido para proteger a terceros adquirentes frente al propietario desposeído y excepcionalmente otorga la protección a este último en ciertas situaciones específicas. Al introducir en su ámbito de aplicación, a las adquisiciones "a vero domino", tal parece que el funcionamiento de dicho artículo se desnaturaliza; si es posible admitir la susodicha adquisición en la primera parte del mismo ("La propiedad se adquiere eficazmente respecto de tercero ..."), no ocurre igualmente en la segunda, en donde el artículo habla de la "reivindicación" de la cosa en ciertas hipótesis concretas, acción que no le compete a quien no es propietario.

Creemos posible establecer una equiparación entre la -- posición del tercero perjudicado, cuando es el propietario, con la del tercero perjudicado, cuando tiene un gravamen o -- privilegio sobre la cosa. Como veremos en infra página 159 y siguientes, el poseedor con derecho real limitado en la cosa, tiene una acción real particular para perseguirla, y, creemos, que puede hacerlo con éxito en las mismas situaciones en que pueda reivindicar la cosa el propietario. Si es éste quien -- en su perjuicio enajena el objeto al tercero, puede reclamar lo si éste último ha actuado de mala fe, si su título no es hábil o si no se verificó la tradición. Si el perjudicado -- tiene un privilegio sobre la cosa, o bien un derecho perso-- nal de disfrute sobre la misma, creemos que también puede alegar el incumplimiento, por parte del accipiens de los re-- quisitos del artículo 481, quien no podrá desconocer su dere-- cho en la cosa o respecto de la cosa y, es justo que así sea; si se le exige al tercer adquirente que llene ciertos requi-- sitos, lo procedente es que al no hacerlo, el tercero perju-- dicado pueda evidenciar este hecho y lograr el reconocimien-- to de su derecho. De otra forma, no tiene sentido obligar al adquirente a cumplir esos requisitos.

Si la desposesión del propietario es involuntaria, es -- él quien normalmente va a demandar la restitución de la cosa. Pero si por determinados motivos no lo hace, el tercero per-- judicado con la desposesión que no goce de una acción real --

propia, puede subrogarse en el ejercicio de la acción reivindicatoria que le corresponde al propietario, al ser éste su deudor, todo de conformidad con el artículo 715 (77) y ss. - del Código civil, haciendo valer sus derechos, v.g. a obtener la satisfacción de su crédito con la cosa sustraída, que había embargado anteriormente a la sustracción.

En síntesis, el derecho de quien tenga uno en la cosa - se extinguirá, si el propietario la enajena y el adquirente cumple los requisitos del artículo 481. Tal y como cuando -- nos referimos a la adquisición de quien recibe la cosa de -- quien a su vez la adquirió con una condición resolutoria, es timamos que no se requiere la tradición real de la cosa, requisito exigido solo cuando el enajenante es un non dominus, sino que bastará una tradición mediante constituto posesorio, siempre y cuando el convenio conste en instrumento público - (art. 482-III C.c.). El perjudicado con la enajenación puede obtener el reconocimiento de su derecho si el tercer adquirente no cumple los requisitos legales y tendrá opción eventualmente a subrogarse en el ejercicio de la acción del propietario que ha sido desposeído involuntariamente. Si el desposeído sin su voluntad no es el propietario, sino el tercero poseedor alieno nomine, según veremos en páginas subsi-

(77) El art. 715 dispone que: "Los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones del deudor, excepto los - que están exclusivamente unidos a la persona".

guientes, el propietario, como tal, se encuentra legitimado para reivindicar la cosa, pero esto no constituye un obstáculo para que el desposeído la recupere por si mismo (78).

5.- Siguiendo las directrices tradicionales, el artículo 481 C.c., establece en su segunda parte, la división entre desposesión voluntaria e involuntaria, permitiendo la reivindicación, si la cosa ha sido robada o perdida. No hace alusión al supuesto de hurto, como tampoco la hace su modelo el art. 2279 del Código Napoleón, pero si el fundamento de la reivindicación radica en la desposesión involuntaria, no hay duda de que en el hurto la hay también, siendo también procedente la reivindicación a nuestro juicio.

Tanto en el hurto como el robo deben entenderse en su sentido más estricto (79), en cuya determinación deben ser competentes solo los tribunales penales (80).

La pérdida de la cosa consiste en la desposesión involuntaria de la misma, producida por un hecho ajeno a la voluntad del propietario, fundado en su propia negligencia, -

(78) Véase infra página 159.

(79) PLANIOL y RIPERT, supra nota 8 (Cap. I), p. 339.

(80) En principio debe exigirse la condenatoria penal. Excepcionalmente, como observa de RUGGIERO, R., Instituciones de Derecho Civil (3ª ed. Reus, Madrid) I-págs. 66-67, puede admitirse la reivindicación, en ciertos casos de sustracción no tipificada como punible, v.g., a causa de la infancia del ladrón o por efecto de una amnistía.

por un error, por caso fortuito o fuerza mayor, v.g., por naufragio o inundación (81).

Ambas excepciones tienen su origen, como sabemos, en el Derecho germánico. La acción defensiva de la Gewere, consistente, se podría decir, en una reivindicación de la posesión de la cosa, se concedió solo a quienes hubieran perdido involuntariamente la Gewere. Ya dijimos que la razón de ello radicaba en no haber actuado el propietario con negligencia, al no depositar mal su confianza, pero también se alude en estos casos a la pérdida antijurídica" de la tenencia de la cosa (82).

(81) Cfr. HERNANDEZ GIL, supra nota 70 (Cap. I) p. 507; MONTIEL, A., A propósito de acquisto di buona fede di cose rubate o smarrite publicado en su obra de supra nota 105, p. 359. Para CARBONNIER supra nota 13 (Cap. I), n. 463, debe entrar en esta categoría, la desposesión -- producto de ciertas perturbaciones sociales de mayor envergadura, v.g., por invasión de fuerzas militares -- extranjeras. Un estudio pormenorizado de las cosas perdidas en MORALES MORENO, supra nota 141, p. 45 y ss.

(82) Es esta una concepción muy difundida en Alemania. Existen también otras teorizaciones de importancia. Así, Huber y Meyer (citados por VALDEAVELLANO, supra nota 25 (Cap. I), p. 253 y ss, buscaron conciliar la reivindicación ilimitada de los muebles salidos involuntariamente de la tenencia, con la teoría de la publicidad sobre la cual se apoya la Gewere. En esta forma, determinaron que la publicidad de la pérdida antijurídica de la tenencia privaba de toda su eficacia a la apariencia de derecho de la tenencia del ladrón o del inventor que no pregonaba su hallazgo. La reivindicación se originó para estos juristas, en los tiempos en que -- cuando una cosa era robada o perdida, el hecho se pregonaba inmediatamente, lanzando el perjudicado o quien descubriera la pérdida o robo, un clamoreo o griterío ("apellido"), que dada las estrechas relaciones sociales de la Edad Media, determinaba la notoriedad del robo o pérdida, que podía ser conocidos de todos los vecinos, invalidándose la apariencia de derecho de la Ge

En favor de la reivindicación de las cosas sustraídas, se ha sostenido, desde un punto de vista ético, que existe una razón de conveniencia y honradez por parte del adquirente; hay mala fe en quien quiere aprovecharse del robo. Al adquirir, tenía indudablemente buena fe; pero hay falta de equidad en el poseedor, si después de haber conocido el robo quiere conservar la cosa (83). Lo mismo habría que decir en los supuestos de desposesión voluntaria si ha mediado una estafa o apropiación indebida, pero no por ello se rechaza en

(cont. de la pág. anterior)

were ilegítima del ladrón o hallador que no pregonare su hallazgo, quien a su vez era entonces considerado como ladrón. Meyer reconoce que la notoriedad de la pérdida de la Gewere no era posible que llegase a todos, de ahí que en tal caso sólo se dio una presunción de notoriedad o publicidad presunta. A todo esto, PLANITZ, supra nota 25 (Cap. I), p. 103, considera a esta teoría como, "(...) la única que se basta a sí misma y que es lógicamente consecuente". Schultze (citado por Planitz), considera que la reivindicación de los muebles perdidos o sustraídos no se concibió bajo la influencia de la idea de publicidad, sino por el contrario, en lucha con ella. La notoriedad del robo o de la pérdida producto del "apellido", era muy limitada, ya que el tráfico de muebles se amplió considerablemente. La ficción de la presunción no sería compatible con el formalismo de los derechos populares germánicos e incluso había casos de reivindicación sin apellido. La condición inferior de la publicidad de hecho de la pérdida de la Gewere, es para Schultze un argumento básico en contra de la tesis de la publicidad de Huber y Meyer. Para Planitz (lugar citado), es discutible que el "apellido" no fuese obligatorio. Según Schultze, el fundamento de la reivindicación esta en que la ruptura de la Gewere por el extravío o el robo, implica una "ruptura de la paz jurídica", un quebrantamiento del orden jurídico.

- (83) Cfr. SALEILLES, supra nota 7 (Cap. I) p. 195 "Por desgracia agrega la naturaleza de las tendencias actuales acerca del crédito es tal, que muy bien puede dudarse de que sean aceptados semejantes escrúpulos de conciencia

estos casos la AND.

En el orden de lo práctico, se ha considerado la necesidad de mantener la reivindicación en estos casos, a fin de impedir la circulación de cosas robadas (84), privando a los ladrones de facilidades para hacer desaparecer el producto del robo. La misma objeción que hicimos al argumento ético, es válida para éste. La tendencia en las sociedades modernas es, ante todo, la protección del tráfico. Entre evitar darle facilidades al ladrón y proteger el tráfico, se terminará -- por preferir lo último y un ejemplo es la legislación italiana, al haber suprimido la reivindicación de las cosas sustraídas, cuando las adquiere un tercero de buena fe (art. 1153 CCI.).

(cont. de la pág. anterior)

(...)" En relación, ha sostenido LUZZATTO, R., La compraventa, (Reus, Madrid, 1953)p. 185, que: "El Derecho no tutela solamente intereses patrimoniales, sino también intereses de naturaleza superior (de naturaleza ética), y el interés de naturaleza ética del comprador de buena fe de no adquirir una cosa en virtud del hecho ilícito de un depositario infiel, de no adquirir una cosa usurpada a otro, es un interés muy apreciable, también desde un punto de vista jurídico, y tal para justificar una acción de resolución del contrato, la cual consienta el comprador leal la restitución de la cosa al precedente propietario (...). Este es un interesante caso en el cual la tutela de intereses no patrimoniales se insinuó en el cuadro de relaciones patrimoniales, y juntamente, es una elegante aplicación del principio (...) de la corrección de la buena fe en las relaciones contractuales (...)"

(84) SALEILLES, supra nota 7 (Cap. I), n. 197. Igualmente -- considera que: "No cabe duda que si los adquirentes temen que se les arrebatan los objetos comprados cuando procedan de un robo cuidarán mucho de rechazar cualquier adquisición, por poco sospechosa que parezca".

La reivindicación de las cosas sustraídas y perdidas, - se funda en un elemento subjetivo: la desposesión involuntaria, y en otro objetivo, en virtud del cual, la ley coloca - en entredicho todas las adquisiciones posteriores y durante tres años, al tenor del art. 481, de manera que la prueba -- del hecho de haber mediado una sustracción o pérdida, sea suficiente para que el Juez conserve expedito para el propietario, el ejercicio de la acción reivindicatoria.

En el Derecho alemán se habla en ciertas hipótesis de - "desaparición involuntaria" de la cosa, que se incluyen en - el concepto de cosa "extraviada" a que alude el parágrafo -- 935 del BGB (85). Saleilles nos da el ejemplo de aquel, quien creyéndose propietario de un objeto depositado en poder de - otro, piensa de buena fe recobrar su posesión y la toma (86). En esta categoría se ha comprendido también la fuga de animales (87) y la entrega hecha por un incapaz, o de quien está privado de discernimiento (88), que si entregó la cosa con - su voluntad, su consentimiento no es eficaz para producir efectos legales (89).

(85) Véase más ampliamente a WOLFF, supra nota 24 (Cap. I) - p. 90 y ss.

(86) SALEILLES, supra nota 7 (Cap. I), p. 204.

(87) HEDEMANN, supra nota 68 (Cap. I), p. 187. WOLFF, supra nota 24 (Cap. I), p. 91, incluye aquí la cosa tirada en un ataque de demencia.

(88) WOLFF, supra nota 24 (Cap. I), p. 454. Para MONTEL, supra nota 24 (Cap. I), p. 346, se trata de un caso de -- "pérdida involuntaria".

(89) SALEILLES, supra nota 7 (Cap. I), p. 204. Hay quienes - incluyen en este supuesto la entrega contractual reali-

Estas modalidades de desposesión podrían englobarse en una noción amplia de "pérdida" de la cosa, pero creemos que ello no es necesario, al menos cuando tiene lugar el apoderamiento violento de la cosa. La ley, por exigencias de la vida en colectividad, no ampara al poseedor que se apodera de la cosa, si lo hizo con violencia (90). Si el apoderamiento no fue violento (y no se trate, es claro, de un hurto), se podrá evidenciar la falta de título hábil, si es el caso, o bien, la reivindicación procede, por no haber mediado la tradición de la cosa (91) (92). Si la entrega de la cosa fue realizada por un incapaz, la adquisición se encuentra viciada y no puede ser efectiva frente al propietario.

Lo anterior resulta aplicable, cuando el demandado es

(cont, de la pág. anterior)

zada erróneamente o anulable por dolo, fuerza o cualquier otro vicio. La doctrina es contraria a esta extensión, ya que el requisito de la voluntad consciente del acto, se refiere solamente a la entrega de la cosa; los vicios del contrato en base al cual viene hecha, no le afectan. Véase a MONTEL, supra nota 24 (Cap. I), p. 346.

(90) En este sentido el art. 317 del C.c., dispone que: "No podrá tomarse la posesión de una manera violenta, ni por aquel a quien legalmente corresponde, mientras el actual poseedor se oponga debe reclamarse judicialmente". Confirma lo anterior el art. 319 ibid, cuando dice: "No será atendible el reclamo del poseedor si se dirigiere contra otro que tenga mejor derecho de poseer, salvo que se le hubiese despojado de la posesión por fuerza o violencia". V. también el art. 306 ibid.

(91) Véase supra página 131.

(92) Quien se apodera de una cosa no es necesariamente de mala fe, como creen PLANIOL y RIPERT, supra nota 8 (Cap. I), p. 639, a contrario sensu. La buena fe, como veremos en el Tercer Capítulo, es un hecho intelectual y no depende necesariamente, de elementos externos.

quien se ha apoderado de la cosa o la ha recibido del incapaz, pero no se puede reivindicar la cosa de un subadquirente de buena fe, quien podrá invocar frente al propietario, el beneficio que concede el artículo 481 C.c. De tal manera que, -- siempre es aconsejable tratar de catalogar estos casos dentro del concepto de "pérdida" de la cosa, lo que permitiría reivindicarla de manos de estos subadquirentes, al menos durante un plazo de tres años. No buscamos con lo anterior extender la protección del tráfico; si la reivindicación se -- fundamente en la desposesión involuntaria de la cosa, todas aquellas situaciones que no constituyen, ni un robo, ni una pérdida en sentido estricto, pero que se pueden enmarcar dentro de una noción genérica de "desposesión involuntaria", deben dar motivo a la reivindicación de la cosa.

Se han hecho intentos de proteger a los adquirentes de buena fe, de cosas sustraídas a su propietario. Se conoce la historia del comprador de un semoviente robado, que se encontraba próximo a morir, lo cual hubiera ocurrido de no ser -- por los cuidados prodigados por el comprador, con los cuales tiempo después, el semoviente estuvo en condiciones de ser -- utilizado normalmente. La reivindicación fue rechazada. La -- sentencia se apoyó para ello, fundamentalmente, en los principios que rigen la accesión de muebles, aduciendo que, en -- el caso de quien elabora una cosa tomando material que no le pertenece, no subsiste el derecho del propietario del mate--

rial, si el valor del trabajo realizado excede al de la materia (93). En tal sentido se consideró que los cuidados otorgados al semoviente, excedieron el valor propio del animal, atribuyéndose su propiedad al comprador (94).

Esta solución es de carácter excepcional y se justificó por las particulares circunstancias del caso. Admitirla libremente, sería atentar contra la seguridad del tráfico, así como contra la ley, si expresamente se permite en estas hipótesis la acción reivindicatoria.

Por último, la desposesión involuntaria de la cosa, lo implica también de todas aquellas partes que la integran, -- salvo que se tratare de una cosa, accésoria a la principal, pero no fuera preexistente a la desposesión, v.g., se entiende sustraído o perdido, el potro nacido de la yegua sustraída o perdida en estado de preñez; mientras que si la preñez

(93) La sentencia se refería concretamente a lo que se conoce como "especificación". Con su claro estilo, nos dice WOLFF, *supra* nota 24 (Cap. I), p. 485 que: "El pensamiento de que el trabajo, como actividad productiva y creadora de valores, debe ser reconocida como causa de adquisición del dominio, es una de las más firmes adquisiciones de nuestra cultura jurídica".

(94) Cfr. HEDEMANN, *supra* nota 68 (Cap. I), págs. 188-189. - La sentencia fue dictada en Alemania, por el Tribunal del distrito de Kamen, el 17 de marzo de 1948. Se tuvo también presente las circunstancias del momento por las que atravesaba el país. En este sentido estimó, que: -- "El BGB nació en una época de relaciones totalmente normales, en las que nadie podía prever situaciones como las que se han producido en el año 1945. De ahí que resultaría equivocado aplicar sin excepciones el principio de la no adquisición de la propiedad sobre cosas robadas; antes bien, hay que considerar cada caso en particular y tratar de armonizar el BGB con las situaciones actuales".

es posterior a la desposesión o pérdida, el potro no se tiene como perdido o sustraído y por tanto no se encuentra sujeto a la reivindicación (95).

A) Si el propietario no es la víctima de la desposesión involuntaria, sino su mediador posesorio, tiene derecho a --reivindicarla, al ser él, en última instancia, quien recibe el verdadero perjuicio. Además, la desposesión involuntaria no hay porqué circunscribirla a la posesión inmediata; es --factible entenderla en relación con la posesión mediata, pues evidente que, con la pérdida de la posesión inmediata por --parte del mediador posesorio, el propietario, poseedor mediato, pierde involuntariamente su posesión mediata, en este --sentido podemos hablar también de desposesión involuntaria. Esto nos lleva al corolario, de que, si el propietario ha dado su consentimiento para la desposesión involuntaria de su mediador posesorio (v.g., para una sustracción), siguiendo --la dogmática de la institución, no estaría legitimado para --ejercer la acción reivindicatoria contra un tercer adquirente de buena fe, pues en lo que a él respecta (al propietario) la desposesión no fue involuntaria (95 bis).

(95) Cfr. WOLFF, supra nota 24 (Cap. I), p. 455.

(95 bis) En este sentido precisa GARCIA VALDECASAS, supra nota 33, p. 61 que: "Si el poseedor inmediato es despojado con el consentimiento del propietario, existirá "privación ilegal" respecto de aquel, conservando, si lo tenía, su derecho real limitado sobre la cosa, pero no respecto del propietario, el cual perderá la propiedad si un tercero adquiere la posesión de buena fe".

Si la víctima de la sustracción o la pérdida es un servidor de la posesión del propietario, es éste quien tiene el derecho a reclamar la cosa al adquirente, pues él es la víctima de la desposesión involuntaria, al no ser el servidor posesorio sino un mero instrumento de la posesión del propietario.

Si la falta de negligencia del propietario al desposeer se en estos casos, es en lo que descansa el fundamento de la acción reivindicatoria, cabría preguntarse, si no existe negligencia de su parte cuando entrega un bien mueble que le pertenece, a quien por su imprudencia facilita una sustracción o pierde la cosa. No cabe duda de que su proceder se puede tildar de imprudente, e igual decimos, cuando permite la detentación de la cosa a un servidor de la posesión, si no ha servido adecuadamente a los intereses del propietario. Pero se estima en estos casos, que la entrega de la cosa no revela tanto imprudencia, como cuando la hace a un poseedor infiel, que traicionándole, enajena la cosa a un tercero -- (96).

Ahora bien, dijimos que el propietario tiene derecho a reivindicar la cosa si se encuentra en manos de un mediador posesorio, cuando tiene lugar la desposesión involuntaria, en ciertos casos el poseedor tiene por sí mismo una acción directa, de naturaleza real, si poseía por haber adquirido un

(96) SALEILLES, supra nota 7 (Cap. I), p. 198. Agrega que: -
"(...) nadie le ha traicionado y no puede reprochársele (al propietario) el haberse dejado engañar por un pícaro".

derecho real limitado en la cosa. Así, por ejemplo, el usufructuario y por reenvío legal (art. 366 C.c.), el usuario, tienen una acción propia para recuperar la posesión de la cosa. En este sentido el artículo 344 del Código civil dispone que: "El usufructuario puede usar de todos los medios que -- competen al propietario para mantener su derecho". Entre los medios del propietario para mantener su derecho en la cosa, es evidente que se encuentra la acción reivindicatoria a que se refiere el art. 481 C.c., para el caso de pérdida o sustracción de la cosa; consiguientemente, el usufructuario y usuario, gozarán de una acción análoga (97).

El acreedor prendario goza también de una acción real, con base en el principio de la reipersecutoriedad de la prenda (vindicatio pignoris) (98), situación que subsiste en favor del acreedor (y de los otros poseedores con derecho real limitado), hasta tanto no transcurra el plazo de tres años -

(97) En este sentido ha manifestado BRENES CORDOBA, supra nota 20, p. 80, que: "Implicando, como implica este derecho, el de propiedad (se está refiriendo al usufructo, por lo que aclara el anotador Sotela, que es a la "... propiedad del derecho de usufructo".), aunque parcial y temporario, el que lo ejerce esta capacitado para emplear iguales medios que cualquier propietario, así para mantenerse en el uso y disfrute del objeto, como para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios".

(98) Cfr. MAZEAUD, Lecciones, Parte Tercera, I, p. 118; -- WEILL, supra nota 14 (cap. I), p. 419, RUGGIERO, supra nota 80, p. 766. En el Código civil italiano, se recoge esta acción en los arts. 948 y 2789.

que señala el art. 481 C.c. No cabe duda de que el acreedor pignoraticio, probando la pérdida o sustracción de la cosa, puede ejercer su acción particular, incluso contra el mismo propietario de la cosa empeñada. Esto último podría deducirse del art. 823 del Código civil, cuando dice que: "La devolución voluntaria que hace el acreedor de la cosa recibida en prenda importa remisión del derecho de prenda, pero no de la deuda". El propietario estará obligado a restituir la cosa, si por ejemplo se apoderó de ella o la obtuvo del hallador o de quien la sustrajo al acreedor pignoraticio que la poseía. Aunque en esta hipótesis, más que una acción real el acreedor estará ejerciendo sus derechos contractuales, obligando al propietario de la cosa a que la restituya (99), aunque estará obligado a probar la desposesión involuntaria.

Nuestro artículo 481, al referirse al reclamo por sustracción o pérdida de la cosa, omite hacer mención de la palabra "propietario", refiriéndose a "aquel que ha perdido o a quien han robado una cosa mueble". Pero sucesivamente, como hemos visto, dicho artículo indica que, en esas circunstancias, el perjudicado puede "reivindicar" la cosa, lo que de por sí implica que "aquel que ha perdido, etc.", es el propietario. Ya señalamos en páginas atrás la posibilidad razonable de hacer una equiparación entre la posición del poseedor, afectado con la desposesión del propietario, con

(99) Véase al respecto los comentarios de VALLET, supra nota 64 (Cap. I) p. 498 y ss.

la del propietario, cuando es este quien sufre el perjuicio por la acción de un non dominus. Como ha observado Vallet - (100), refiriéndose al art. 464, del Código civil español, que en el punto que estamos analizando, se pronuncia en idénticos términos a nuestro 481, el término "reivindicación", no hay porque interpretarlo con tanto rigor técnico, que impida la aplicación directa o al menos análoga en beneficio de quien tenga un derecho real limitado (101). Pero hemos visto como, sin necesidad de establecer esta equiparación, el poseedor con derecho real limitado en la cosa, tiene, -- conforme al art. 344 C.c. y al principio de la reipersecutoriedad de la prenda, una acción directa para recuperar la cosa que ha perdido o le fue sustraída.

No podemos dejar el análisis en este punto; lo más importante es, destacar que, bastará con haber estado ejerciendo la posesión material de la cosa al momento de la sustracción y pérdida de la cosa, para poder recuperarla de quien la tenga. El poseedor afectado se encuentra legitimado para ello, pues de acuerdo con la presunción del artículo 854 C. c., se presumirá su derecho de propiedad; el animus domini

(100) Supra nota 64 (Cap. I), págs. 496-497.

(101) Sin embargo para ZORRILLA, supra nota 25 (Cap. I). p. 526, "(...) no es exacto que para profesar semejante solución sea menester interpretar extensivamente el giro "reivindicar", como sinónimo de "reclamar" o "reclamar", basta entender que quien acciona, lo hace a título de legitimación sustitutoria, actuando en nombre propio, una facultad procesal que incumbe al dueño, -- como titular del derecho material informante".

necesario para su aplicación, se presumirá también, conforme al art. 283 C.c. El poseedor no tendrá por tanto que probar su título, solo la desposesión de la cosa. Esta acción se sa le del marco de la reivindicación, que exige la prueba del título de propiedad. A esto se debe que la doctrina se refie ra a ella, como una acción de "repetición", que compete a to do poseedor y no solo a quien tenga un derecho real en la co sa (102). Asimismo, en favor de cualquier poseedor, no impor ta la naturaleza de su título, el art. 317 C.c., dispone que "El poseedor de cualquier clase que sea tiene también dere-- cho para reclamar la posesión de que ha sido indebidamente - privado". Indebidamente privado de la posesión, ha sido el - poseedor a quien le han sustraído la cosa: su reclamo lo au- toriza este artículo. El poseedor demandado no puede oponer la presunción de propiedad, destruida por la prueba de la -- sustracción.

Debemos observar que el art. 317 citado, contempla una acción en favor del poseedor, no tanto en cuanto se presume su propiedad en la cosa, sino en cuanto es poseedor de la -- misma (102 bis). Bastará, repetimos, con que prueba la despo

(102) Cfr. STOLFI, supra nota 25 (Cap. I), p. 198; LOMONACO, supra nota 24 (Cap. I), p. 544; MONTEL, supra nota 81, p. 359 y ss. Opina distinto RUGGIERO, supra nota 80, - p. 669, para quien se trata siempre de una reivindicación (cuando el reclamo lo hace el propietario), estando la prueba de la propiedad absorbida por la prueba - de la posesión. Pero esta afirmación es insuficiente; cómo es que entonces se acepta la repetición que exige un poseedor no propietario.

(102 bis) En el fondo la acción posesoria no solo se funda -

sesión involuntaria (103).

Si quien poseía la cosa al momento de la desposesión in voluntaria, no era el propietario, y la recupera, por este - solo hecho, no puede alegar frente a este último, un derecho mejor o superior al que tenía en la cosa. La acción del despojado no puede ir más allá de lo que demande su interés - -

(104).

(cont. de la pág. anterior)

en presuponer un acto ilegal del despojante, sino tambien como señala, SCAEVOLA, supra nota 32 (Cap. I), p. 121, siguiendo a IHERING, en que con ella se busca proteger a la propiedad. "En la posesión -dice éste último- no se libra una batalla decisiva por la propiedad, sino una sencilla escaramuza, un combate en las avanzadas, para el cual no se necesita la artillería gruesa, porque es suficiente el arma blanca.

- (103) Ya el propio LAURENT, supra nota 129 (Cap. I), p. 601, se preguntaba: "Que doit prouver le demandeur en revendication? La revendication est, en général, l'exercice du droit de propriété; celui qui revendique doit prouver qu'il est propriétaire. En est-il de même dans le cas de l'article 2279? Non; cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 2279 évite d'employer le mot de propriétaire, il dit que celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer; il suffit donc qu'il prouve la perte ou le vol; ce qui implique la preuve de la possession qu'il a perdue ou dont il a été dépouillé". Refiriéndose a esta acción - ha escrito HUMEROW, supra nota 21, p. 75, lo siguiente: "Se confiere al propietario, en cuyo caso la acción sensiblemente podría identificarse con la reivindicatoria corriente, y al poseedor (en concepto de dueño o - en concepto distinto al de dueño) para provocar la restitución de la posesión perdida sin o contra la voluntad del legitimado activo. El material probatorio que ha de aportar el actor deriva, por consiguiente, a la verificación de dos hechos fundamentales: la pérdida - (involuntaria) o la privación ilegal, para lo cual se admite todo género de pruebas (aun las presunciones) - (...)" . En lo personal, ya dijimos que la prueba de la sustracción debe valorarse en sede penal; es el Juez penal el competente para determinar si existió o no -- sustracción (vid. supra nota 80). Resulta evidente que,

Al estar la acción de repetición moldeada sobre la acción reivindicatoria, da lugar a que el demandado pueda exigir al actor el pago de las mejoras que legalmente le corresponda (arts. 327 y ss. del C.c.). Tiene incluso derecho a exigir el reembolso del precio, de acuerdo con lo que dispone en este sentido el artículo 481 C.c. (105), lo que en el fondo viene a entorpecer decisivamente la reclamación del poseedor anterior (no propietario), quien difícilmente tendrá interés en llevar a cabo semejante gasto.

Si la víctima de la desposesión involuntaria es el adquirente a non domino de buena fe, es él, como propietario, a quien le corresponde reclamar la cosa, incluso al propietario anterior. Si el adquirente, víctima de la desposesión involuntaria, es de mala fe, estimamos que el propietario conserva su derecho a repetir la cosa de cualquier tercero, que la adquiera sucesivamente, al menos durante el plazo que fija el art. 481. La acción reivindicatoria está en función -- del derecho de propiedad. Si el tercer adquirente a non domino es de mala fe, el propietario desposeído, conserva su derecho de propiedad y si aquél es víctima de una desposesión involuntaria, puede reclamarla directamente, con base en ese

(cont. de la pág. anterior)

con la prueba de la sustracción, queda incluida la prueba de la posesión de la cosa.

(104) Cfr. WOLFF, Tratado, III-1 p. 129; III-2, págs. 447-448 y las respectivas anotaciones de Pérez y Alguer.

(105) Cfr. PEREZ y ALGUER, supra nota 46, p. 449, en relación al art. 464 del Código civil español.

derecho de propiedad, no en la posesión, puesto que no ejercía ninguna, ni aun la mediata. Esto que parece tan claro, - ha dado lugar a una opinión contraria. Por deducción hecha - del parágrafo 935 del BGB (106), se interpreta que en estas circunstancias, no hubo, ni sustracción ni pérdida, respecto al propietario. Al momento de la desposesión es cierto que - el propietario no era poseedor. Se considera entonces, que - el subadquirente de buen fe conservará la cosa, porque su posesión no es debida a un acto de desposesión involuntaria en relación con el propietario verdadero (107).

Pero creemos que el propietario no poseedor, tiene siempre derecho a reivindicar la cosa; esta vez una verdadera -- reivindicación y no una acción de repetición que ha de fundarse en una posesión que no tenía. Eventualmente, podría -- también subrogarse en la acción de repetición del desposeído deudor suyo a la restitución de la cosa (art. 715 y ss. C.c.) La cuestión es discutible, pero desde un punto de vista de -- equidad se debe admitir, e incluso por economía procesal, ya que en esa forma el propietario no se encontraría obligado a demandar al desposeído, una vez que este recobrara la cosa.

Además, es posible que una vez que lo haga la enajene a un -

(106) Este parágrafo dispone que: "La adquisición de la propiedad en base a los parágrafos 932 a 934 (AND) no tiene lugar si la cosa había sido robada al propietario, si se le había perdido o de cualquier otra forma extraviado. Lo mismo vale en caso de que el propietario sólo fuese poseedor mediato, si la cosa se la había extraviado al poseedor".

(107) Cfr. WOLFF, supra nota 24 (Cap. I), p. 455. La misma -

tercero subadquirente y también, por el solo hecho de ser el desposeído, un adquirente de mala fe, no debe permitírsele - repetir la cosa.

B) Queda por resolver el conflicto entre el reivindicante y el hallador de la cosa, cuando éste ha agotado el procedimiento legal que busca dar publicidad al hallazgo.

Dispone el artículo 501 del Código civil, que: "Las cosas muebles de dueño desconocido serán del que las ocupe, si pasado un año desde que el hallazgo se anunciare por tercera vez en el periódico oficial, nadie las reclama como suyas". ¿Quiere decir lo anterior, que cumplidas estas formalidades, la reivindicación del perdedor es improcedente? ¿Se trata de una derogación del art. 481, que permite reclamar las cosas perdidas durante un plazo de tres años? Debemos aclarar antes algunos conceptos. Observemos primeramente que, el artículo 501 citado, estima que la cosa hallada será de quien la "ocupe". Debemos entender que quien la ocupa es el propio hallador. En el artículo 485 C.c., se establece que: "Por ocupación puede adquirirse el dominio de las cosas muebles que no pertenecen a nadie". El elemento vital que da lugar a la adquisición del dominio por ocupación, es el carácter "nu- -

(cont. de la pág. anterior)

solución cree SALEILLES, supra nota 7 (Cap. I), p. 197, debe aplicarse en el Derecho francés, en donde no existe un artículo que expresamente aluda a esta situación.

llius" de la cosa hallada (108). Una cosa es nullius, bien - por no haber nunca tenido dueño, o por haber sido abandonada por él (res derelictae) (109). Por esté motivo se afirma, -- que, en el terreno de la más pura ortodoxia jurídica, la cosa mueble perdida, no se puede adquirir por ocupación (110); en el momento de la aprehensión, el objeto hallado no reúne la cualidad de nullius. Debido a esto, cuando el artículo -- 501 se refiere a quien "ocupe" la cosa, no alude a la ocupación en sentido técnico, sino que utiliza ese término para - describir el hecho de encontrar y retener una cosa perdida. Un objeto abandonado, pasa inmediatamente al patrimonio del tercero que la encuentre con la sola ocupación (111), sin tener que recibir publicidad el hallazgo. Solo si se trata de cosas perdidas debe hacerse una publicidad del hallazgo (112). Salvo que el hallador no ignore que la cosa es extraviada, - en los demás casos resulta imposible, al momento del hallazgo, determinar si ha sido perdida o abandonada. Debido a esta situación, la ley prefiere presumir que la cosa hallada - ha sido perdida por su propietario, lo que implica que, en - última instancia, las cosas halladas que hayansido abandona-

(108) Cfr. BORRACHERO, M., El animus en la ocupación publica do en la Revista de Derecho Privado, T. XLI, 1957, p. 1083; LATOUR BROTONS, J., La ocupación publicado en la Revista de Derecho Privado, T. XLI, 1957, págs. 262, - 265 y 266.

(109) LATOUR BROTONS, ob. cit., p. 265.

(110) LATOUR, ob. cit. p. 266.

(111) Cfr. HEDEMANN, supra nota 68 (Cap. I), p. 233.

(112) Véase a WOLFF, supra nota 24 (Cap. IO, p. 541.

das, no se adquieren por ocupación y su hallazgo estará también sujeto a la publicidad señalada en el art. 501 C.c., a menos, estimamos, que de las circunstancias se deduzca el estado de abandono de la cosa (113).

Si se desconoce quien ha perdido la cosa, se debe proceder a la publicidad del hallazgo, mediante la publicación de tres avisos en el periódico oficial, que de ser omitidos, de acuerdo con el art. 502 C.c., se tendrá al hallador como poseedor de mala fe (114).

Si hubiera dificultad en conservar o custodiar la cosa hallada, se consignará ante el Juez, a fin de que la venda en pública subasta (art. 503 C.c.). El precio percibido, si no aparece la persona que perdió la cosa, se entregará, luego de un año, al hallador. No hay duda que en esta hipótesis, quien adquiere la cosa en la venta judicial, la adquiere en perjuicio del propietario, quien no podría reivindicarla con base en el art. 481. El título de adquisición del comprador, no es la ocupación, sino la "adjudicación" (115). Si esta es

- (113) Estima MORALES MORENO, supra nota 141 (Cap. I), p. 45, que en la determinación del concepto de cosas abandonadas influye predominantemente el carácter del objeto e incluso que hay ciertas cosas que, aun cuando su poseedor no tenga ánimo de abandonarlas, se entiende, socialmente que lo están, cuando se hallan en determinadas circunstancias, v.g., la caja de cerillas de valor para un coleccionista que está en una papelería pública.
- (114) Además incurre en "apropiación irregular", conforme a lo dispuesto en el inciso 1º del art. 224 del Código Penal ("El que se apropiare de una cosa ajena extraviada sin cumplir los requisitos que prescribe la ley...")
- (115) Cfr. LATOUR, supra nota 108, p. 267.

la situación del rematario, ¿cuál es la del hallador, si no aparece el propietario en el plazo legal, y no es el caso - de venderla en subasta pública? No porque se cumpla el procedimiento de publicidad y el hallador crea entonces que la cosa había sido abandonada, deja de estar perdida, si efectivamente lo estaba y su propietario no tuvo conocimiento - del hallazgo. Pero creemos que el artículo 501 C.c., es terminante al señalar que la cosa hallada, "será" de quien la ocupe, con lo cual excluye una posible reivindicación del - propietario, como cuando es adjudicada a un tercero (de -- buena fe) si fue vendida en subasta pública. La finalidad - de la publicidad que recibe el hallazgo, tiene el objetivo específico de hacer saber al dueño de la cosa hallada, el - hallazgo. Si no la reclama en el plazo legal se presume el abandono de la misma; el fundamento de la adquisición del - hallador se erige en méritos del silencio del propietario - (116). A pesar de que la cosa, en relación con el propietario continúe en la categoría perdida, se sobrepone a esta - situación su falta de apersonamiento a fin de reclamarla, - que lleva a suponer que no va a hacerlo (117).

(116) Cfr. WOLFF, supra nota 24 (Cap. I) p. 549. El párrafo 973 del BGB, dispone en este sentido lo siguiente: "(...) el hallador adquiere la propiedad de la cosa - (...) Con la adquisición de propiedad se extinguen - los demás derechos sobre la cosa".

(117) Cfr. HEDEMANN, supra nota 68 (Cap. I), p. 233.

Asimismo, del art. 502 C.c., se desprende que el propietario debe reivindicar la cosa antes de transcurrido el año a que se refiere el art. 502 C.c., cuando dispone que: "Si - en virtud del aviso en el periódico oficial apareciere el -- dueño antes de transcurrido el año ..." (el subrayado es - - nuestro).

El título del hallador, dijimos que no podía ser el de ocupación. Se trata más bien de una especie de adjudicación legal, o como mejor precisa Albadalejo (118), la ley simplemente "reconoce", que la cosa ha pasado a ser del hallador - (119). Es apenas el caso indicar que, si a pesar de la publicidad, el hallador es de mala fe, probada ésta, estará obligado a restituir la cosa al reivindicante.

En conclusión con la adquisición de la cosa por el hallador y también con la adjudicación de la cosa al comprador en la subasta judicial, en los términos antes indicados, se establece una causa particular de irreivindicabilidad (120),

(118) Supra nota 75 (Cap. I), p. 271.

(119) Opina distinto ESPIN, D., Manual de Derecho civil español (5ª Ed. Rev. de Der. Pri., Madrid, 1977) II-117, - para quien, una vez transcurrido el plazo legal, la cosa debe considerarse nullius por disposición legal y - entonces es adquirible por ocupación.

(120) A menos que la cosa perdida sea un animal doméstico. - Conforme al art. 504 C.c., siempre serán reclamables a menos que se adjudique a un tercero que lo compre en - los términos que dispone ese numeral. El animal domesticado por el hombre, que dispone ese numeral. El animal domesticado por el hombre, que escapa y vuelve a - su estado primitivo, de acuerdo con la doctrina tradicional, se convierte en "res nullius" y por tanto adquirible por ocupación. Cfr. ALBADALEJO, Derecho civil p. 261.

de un bien mueble normalmente reivindicable. Al igual que la AND, es una adquisición originaria, libre por consiguiente -- no solo del derecho del anterior propietario, sino de otros derechos inferiores que lo graven.

C) A juicio nuestro, la reivindicación contra terceros adquirentes de bienes muebles sustraídos o perdidos, está -- destinada a desaparecer, en la medida en que el interés social recaiga preferentemente en la certeza del tráfico, antes que en la seguridad de la propiedad estática. Un claro -- ejemplo de esta tendencia, lo encontramos, como hemos visto, en el Derecho italiano, el cual supo suprimir la reivindicación de las cosas de las que el propietario se desposeyó involuntariamente. La arbitraria división entre desposesión voluntaria e involuntaria, es deficiente; si se protege al adquirente de buena fe de un estafador, no hay motivos de peso para no proteger a quien lo hace de un ladrón. El hecho que se debe valorar, no es ya más, la forma por la cual perdió -- el propietario la posesión de la cosa, sino las circunstancias en las cuales tiene lugar la adquisición (121). A ello atiende la aplicación en esta materia de la teoría de la apa

(121) De esta misma idea es GOMEZ ACEBO, supra nota 26 (Cap. I) p. 211, al estimar que la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria, "(...) no tiene razón de ser desde el momento en que lo que preocupó fue la posesión de buena fe del adquirente, con lo que la regla "possession vaut titre", encerraba siempre algo de contradictorio".

riencia jurídica. Recurrir a las tradiciones germánicas para explicar la procedencia o improcedencia de la adquisición, - choca con el objetivo de la regla, que busca la protección - del tráfico, otorgándole la propiedad de la cosa al tercer - adquirente y no proteger o sancionar, según sea el caso, al propietario desposeído. En el tanto la atención de la ley re caiga en el comportamiento del propietario desposeído, de - muestra que por su preocupación se centra ante todo, en ve-- lar por el derecho consolidado, pues con sancionar al propie- tario, indirectamente se le coacciona a ser más diligente al confiar la cosa a otra persona; es decir, se le obliga a pro tejer su derecho. De reflejo se tutela al adquirente y con - ello al tráfico de bienes. Una norma surgida para la protec- ción de la circulación de bienes. es ilógico que descansa en estos supuestos, incompatibles de todo punto de vista con su esencia (122).

Descartada la arcaica distinción entre desposesión vo-- luntaria e involuntaria y prevaleciendo una sola idea: la -- protección del tráfico, surge de inmediato la necesidad de - admitir la AND, en toda hipótesis en que un tercero confie - en la apariencia de titularidad del enajenante.

6.- El artículo 481 C.c. confiere eficacia a las adqui- siciones de bienes muebles, respecto de terceros que tengan

(122) Véase supra página 64.

un derecho sobre ellos, siempre y cuando se cumplan los requisitos que el mismo señala. Derivado de este principio general, viene creada otro, de "irreivindicabilidad" de los bienes muebles, salvo que no se cumplan los requisitos legales, o la cosa sea sustraída o perdida. Fuera de estas excepciones, ¿se extiende esta irreivindicabilidad en términos absolutos? No sería prudente estimarlo de esta manera; esta irreivindicabilidad se refiere únicamente a las cosas adquiridas a non domino, permaneciendo abierta la posibilidad de ejercer la reivindicación en otras situaciones. Por ejemplo, es una acción reivindicatoria la que debe intentar el nudo propietario contra el usufructuario, si éste no le entrega la cosa al extinguirse el usufructo, si el mismo se constituyó por vía testamentaria, pues por no mediar un vínculo contractual entre ambos, al dominus debe ejercer dicha acción. También, si ha tenido lugar dos enajenaciones paralelas de un mismo mueble registrado a nombre del transmitente; si quien primero inscribe de buena fe su título, no ha sido quien entró en la posesión inmediata de la cosa, puede reivindicarla del adquirente que si lo hizo, pero que no había inscrito su título (123).

(123) Quizá siguiendo con demasiado apego la opinión del tratadista nacional, Alberto Brenes Córdoba, Tratado de los Bienes, p. 196, se dice con mucha frecuencia en la práctica judicial, que los muebles no se reivindicán, salvo si fueron sustraídos o perdidos; véase en este sentido la sentencia de Casación de 6 de julio de 1945; Nº 52 de 1952 (voto salvado) y Nº 104 de 1976. Por el contrario, la sentencia de Casación Nº 27 de 1959, se-

Con base en los artículos 481 y 1065 del Código civil, se pueden sintetizar las siguientes situaciones en las que procede la acción reivindicatoria (o de repetición en su caso): a) Sustracción (hurto o robo) de la cosa o extravío de la misma (salvo si ha sido adquirido por el hallador o un adjudicatario: arts. 501 y 503 del C.c.); b) Por carecer el adquirente de un título hábil, v.g. si está viciado, previa declaratoria de nulidad; c) Por falta de tradición real de la cosa (sin perjuicio de la crítica que hicimos en supra - pág. 126); Por aplicación extensiva del art. 1065, procede la reivindicación en caso de mala fe, y según determinaremos en el Capítulo 3º, por la culpa grave del adquirente (124).

7.- Ya concretamos que, en materia de usucapión de bienes muebles, el artículo 854 C.c., establece una presunción (cont. de la pág. anterior)

añaló con mejor criterio, que: "(...) es errada la afirmación que hace el recurso de que no es posible la reivindicación de muebles de acuerdo con el artículo 481 del Código civil, salvo si se trata de cosas perdidas o robadas, porque esa es una mala interpretación de esa norma, la que contiene varios conceptos, entre los cuales no debe olvidarse el que se destacó al principio ...", que alude a tradición por título hábil. Véase otro caso de reivindicación en infra pág. 272.

- (124) Refiriéndose al art. 2279 del Código Napoleón, indica MALFOSSE, J., Histoire du droit privé (2ª ed. Thémis, París, 1960) II-p. 357, que: "Le sens populaire de la maxime n'est pas son sens juridique. La revendication est permise, non seulement pour les meubles perdus ou volés, mais aussi dans tous les cas où la possession est de mauvaise foi et où un vice l'affecte. Néanmoins le sens populaire, en croyant que la règle s'applique même à ces hypothèses, ne se trompe pas tout à fait; il perçoit très nettement ici "l'iniquum proesidium" -

de título en favor de quien se encuentre en posesión de una cosa mueble. El título presumido es el de propiedad, derecho que se pretende conseguir con la usucapión. El "justo título", indispensable para usucapir (art. 853 C.c.) (125), requiere la concurrencia de un título traslativo de dominio; es éste por lo tanto el título presumido. La posesión de una cosa mueble, exime al poseedor usucapiente de probar su título, así también, creemos que todo poseedor (que posea - animus domini) se encuentra beneficiado por esta presunción (126), pues lo que importa es el hecho de la posesión, la cual se puede ejercer, independientemente de si se busca usucapir la cosa. El hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer (art. 281 C.c.) y el propio art. 854, hace extensiva la presunción de título, en tratándose del derecho a poseer.

Este artículo dispone que la presunción de propiedad, deriva de la posesión "como hecho": ¿Qué debemos entender - por posesión "como hecho", o literalmente, "el hecho de la (cont. de la pág. anterior)

que comporte toute prescription. La sécurité peut en venir à couvrir l'injustice".

(125) Dispone el artículo 853 C.c., que: "Por prescripción positiva se adquiere la propiedad de una cosa.

Para la prescripción positiva se requieren las condiciones siguientes: Título traslativo de dominio, buena fe, posesión".

(126) Presunción que deroga lo dispuesto en el art. 752 C.c., cuando dice que: "Toda convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor de doscientos cincuenta colones (lo que es así en la mayoría de los casos) deberá constar en documento público o privado -- (...)".

posesión"?. El artículo 282 C.c., aclara al respecto que: - "Subsiste el hecho de la posesión mientras dure la tenencia de la cosa o goce del derecho o la posibilidad de continuar uno u otro". Es evidente que, al aludir a la "tenencia" de la cosa se refiere a su posesión material, física. Ahora -- bien, cuando señala que subsiste el hecho de la posesión -- mientras dure "el goce de un derecho", entramos en el ámbito de la posesión de derechos.

Sobre un derecho se puede ejercer una posesión como hecho. No se trata de una posesión como hecho en el sentido de tenencia corporal del derecho, ya que éste carece de una entidad físicamente aprehensible. "Poseer un derecho", significa el tener de hecho el poder en que el derecho consiste (127). Teniendo esto presente, conviene cuestionarnos si el poseedor mediato de un bien mueble, tiene a su favor la presunción de propiedad o solo el inmediato.

Si el propietario es poseedor mediato, tiene una posesión como derecho sobre la cosa que le pertenece. Al no tener la tenencia de la cosa, la presunción de propiedad no se puede aplicar respecto a él, en base a la misma. Pero además de tener el propietario una posesión (mediata) respecto a la cosa, tiene la posesión de su derecho de propiedad. Si tiene solo una posesión de derecho respecto a la cosa, - ejerce aun así la posesión como hecho de su derecho de pro

(127) Cfr. ALBADALEJO, supra nota 75 (Cap. I), p. 42.

propiedad? "(...) la posesión de un derecho -dice Albadalejo - (128)- no es un poder de hecho sobre éste (es decir, no es el derecho el objeto del poder de hecho), sino un poder de hecho sobre el objeto del derecho". Lo procedente es plantear si, a pesar de la mediación posesoria, es decir, no obstante carecer el propietario de la posesión inmediata de la cosa, goza de los atributos que le otorga su derecho de propiedad, o si por el contrario no es así y más bien respecto a su derecho de propiedad tendría una posesión como derecho y no como hecho.

Una posesión mediata en la cosa, no le impide al propietario el ejercicio de ciertos derechos y atributos sobre la cosa, dependiendo ello de la naturaleza de la mediación posesoria y de los acuerdos que las partes pueden haber establecido. A pesar de estos derechos ejercitables por el poseedor mediato, no podemos afirmar cabalmente, que ejerce plenamente el poder de hecho en que consiste su derecho, en el caso, el de propiedad. Pero si esto es cierto, también lo es, que el propietario conserva en potencia el ejercicio en toda su extensión, del poder de hecho sobre el objeto de su derecho. Si el propietario no goza del objeto y contenido de su derecho, en el recto sentido de la palabra, sigue siendo titular del mismo y en este tanto cabe la posibilidad de gozarlo, así como de recobrar la posesión inmediata

(128) ALBADALEJO, supra nota 75 (Cap. I), p. 43.

de la cosa o tenencia, posibilidad que, al tenor del artículo 282 C.c., por sí misma, da lugar a que se entienda subsistente el hecho de la posesión, siendo de esta forma posible aplicar el art. 854 y presumir la propiedad en el poseedor mediato, si es el propietario.

En caso que un tercero demande de reivindicación al mediador posesorio, éste podrá invocar la presunción de propiedad que asiste al poseedor mediato.

La presunción de propiedad, o lo que es lo mismo, de tener título traslativo de dominio, está a favor de quien posea a título de dueño, de lo contrario se contradice la esencia misma del principio. Demandado el poseedor de reivindicación, la presunción asumirá su papel defensivo, no estando el poseedor obligado siquiera a probar su posesión "animus domini", pues tiene también en su beneficio la presunción de poseer en ese concepto (art. 283 C.c.). El reivindicante es quien tiene la obligación de demostrar que esas presunciones no coinciden con la realidad (129).

En la anterior hipótesis, la presunción opera entre terceros; puede suceder que también lo haga inter-partes (130).

(129) Conforme al art. 719 C.c.: "Todo aquél que intente una acción (...) es obligado a probar los hechos en que descansa (...)". Esta norma conlleva en última instancia, al mismo efecto que la presunción de dominio, pero su fundamento atiende más bien a que el juez debe prestar auxilio solo a quien demuestre la existencia de su derecho.

(130) Esta circunstancia señala una diferencia más entre las reglas del art. 481 y 854 C.c., tantas veces confundidas, en la práctica.

En las relaciones entre poseedores sucesivos, ofrece particular interés en esta materia, el conflicto suscitado entre el poseedor que, fundado en la presunción de dominio, se opone a la pretensión de restitución del propietario de la cosa. Se discute si el poseedor actual recibió la cosa en calidad de propietario, o si como mediador posesorio de quien la reclama; se controvierte, en otras palabras, la naturaleza y existencia de un título. El poseedor actual alega un derecho de propiedad sobre la cosa, el anterior también, así como su actual calidad de poseedor mediato. El problema consiste en que el demandante no se encuentra en condiciones de probar la relación contractual, que dice, le vincula con el poseedor directo; pero sí está demostrado, que el poseedor inmediato recibió su posesión del actor, es decir, que son poseedores sucesivos.

En principio, aplicando el artículo 854 C.c., mientras la precariedad de la posesión del demandado no sea demostrada, de acuerdo con lo que hemos venido exponiendo, la demanda no prosperará. Solo cuando se realice esa prueba, corresponderá al demandado demostrar una adquisición posterior, que haya modificado la precariedad de su posesión original.

Pero si la prueba de la relación contractual no es posible, lo que ocurre frecuentemente, cuando de muebles se trata, ¿está el propietario irremediablemente condenado a sufrir la pérdida de la cosa? Aunque el Juez no estaría au-

torizada para conceder la propiedad al poseedor que recurre a la presunción de cominio, para defenderse del reivindicante, la sentencia que rechace la reivindicación produce cosa juzgada, lo que implica la pérdida del derecho que el actor tenía en la cosa y de hecho, el poseedor se encontraría en la situación de un propietario, y de derecho como propietario presunto. Asimismo, a juzgar por el antiguo principio: "Actore non probante, reus est absolvendus", recogido en -- nuestro artículo 719 C.c. (131), se llegaría a una misma solución.

La prueba a realizar por el actor, es la del vínculo contractual que le une con el poseedor inmediato de la cosa. ¿Es posible demostrar la precariedad de la posesión del demandado por otros medios? El problema consiste precisamente en la imposibilidad de aportar una prueba de la mediación posesoria, que conforme al art. 752 C.c. (132), debe ser escrita. A fin de arribar a una posible alternativa para el dominus, si es que debe tenerla, es conveniente replantear las reglas concernientes a la constitución de las pruebas de la relación contractual.

Por imposiciones del tráfico, se tiende en general a omitir, como sabemos, aquellas formalidades que puedan afectarlo. A esto se debe, que frecuentemente no se redacten documentos acreditativos de las transmisiones de propiedad so

(131) Véase supra nota 129.

(132) Véase supra nota 126.

bre un mueble; ¿impera esta misma costumbre, cuando de lo - que se desprende el propietario es únicamente de la posesión material de la cosa? De ser así, ¿no es acaso aventurado y peligroso establecer una presunción de dominio en favor del poseedor actual? ¿No sería facilitar y consolidar fraudes, permitiendo a un poseedor que se aprovecha de las circunstancias para valerse de esa presunción y retener la cosa? Pero entonces, si no se debe presumir la propiedad en el poseedor actual, ¿debe presumirse la del poseedor anterior? En caso afirmativo, tendría lugar, inversamente, una situación similar a la anterior; se facilitarían las acciones fraudulentas de quien haya transmitido la propiedad y luego, con argucias, quiere hacer creer que entregó la cosa sólo para ser disfrutada, o custodiada por el poseedor actual.

Tal es la compleja situación que se presenta; una presunción de propiedad establecida respecto a uno u otro poseedor, tendrá por efecto, prejuzgar en uno u otro sentido, una cuestión que las apariencias dejan completamente sin resolver (133).

Volviendo a la pregunta inicial, si se debe admitir -- una costumbre que establezca una obligación de diligencia a cargo de alguno de los dos contendientes, esta correría por cuenta del poseedor anterior; quien adquiere un mueble se -

(133) En lo sustancial seguimos a SALEILLES, supra nota 7 - (Cap. I) p. 305 y ss.

siente, en cierto modo, protegido con su sola posesión. Por el contrario, el que entrega la cosa en préstamo, usufructo, etc., por los peligros que para él encierra la posesión del nuevo poseedor inmediato, corrientemente se procurará un documento, en donde se haga constar la vigencia de la relación obligatoria. Al producirse un conflicto entre ambos, -- si el demandante no presenta el contrato escrito, habría -- que deducir, que el poseedor actual adquirió la propiedad de la cosa y no sólo su posesión. ¿Opera esta solución en términos absolutos? Supóngase que se presten bienes a un amigo, ¿quién exigirá en tal hipótesis un contrato escrito? Véase también que en la vida mercantil, es normal que los comerciantes envíen artículos a los hogares, para que los escojan o prueben temporalmente. Si en tales casos el comerciante reclamo un recibo, su conducta se puede interpretar como signo de desconfianza y ofendería al adquirente (134), lo que no conviene a los intereses del vendedor.

El Código civil alemán, ha establecido en su parágrafo 1006, una presunción de propiedad, inherente a cualquier posesión en concepto de dueño. El poseedor precario que la ejerza gozará de una posición privilegiada frente al poseedor anterior, quien por su imprudencia, es la víctima de su

(134) Sin embargo, como observa SALEILLES, supra nota 7 -- (Cap. I), p. 313, los comerciantes suelen saber lo -- que hacen y no suelen prestar sus cosas al primero -- que llegue.

propia culpa y debe tener todo el peso de la prueba (135).

El Derecho francés ha sido más flexible en esta materia. Aun cuando la costumbre exige al poseedor anterior, actuar con diligencia y procurarse una prueba escrita de la relación obligatoria, se ha tenido en cuenta los peligros que existen, si la presunción de dominio se deroga sólo mediante una prueba escrita. Se ha tenido presente en especial, el frecuente caso en el que el poseedor anterior ha fallecido y consiguientemente se imposibilite o se haga muy difícil la prueba de la relación de mediación posesoria, o aún más, cuando el demandado era un detentador de la cosa, por ejemplo, en concepto de mero instrumento posesorio. Si se aplicara rigurosamente la presunción de propiedad, los herederos estarían expuestos, casi siempre, a perder los bienes. A esto se debe que la jurisprudencia francesa haya recurrido al expediente de la "posesión equívoca" (136). Para declarar "equívoca" la posesión del actual poseedor, el

(135) Existe una excepción, que indica SALEILLES, supra nota 7 (Cap. I), p. 315, es la hipótesis más importante. Se refiere al caso en que ambos poseedores: anterior y actual, vivieran en un mismo sitio; al morir el propietario, quien vivía con él, retiene la cosa como propietario. Si el que alega el derecho de propiedad frente a los herederos del fallecido era su servidor de la posesión que ejerció en vida, no se le considera poseedor (Cfr. Par. 855 BGB), y si sostiene que poseía la cosa en vida del propietario, deberá aportar la prueba correspondiente, llena de peligros para él al poder provocar sospechas de una sustracción.

(136) Señalan COLIN y CAPITANT, supra nota 32 (Cap. I), que es la posesión es equívoca cuando: "(...) los actos de uso o de disfrute del pretendido poseedor no corresponden de una manera cierta e indiscutida al derecho

reivindicante (v.g. heredero), debe demostrar variaciones u oscilaciones en el carácter de la posesión del demandado. - Así, por ejemplo, si inició a poseer la cosa como depositario y luego pasó a hacerlo como dueño, será entonces él - - quien demuestre haber adquirido la cosa por un título regular; mientras no lo haga, será inaplicable la regla, "En -- muebles, la posesión equivale al título", como presunción - de propiedad.

En nuestro Derecho, la presunción de propiedad del art. 854 C.c., opera en forma muy frecuente, entre poseedores su cesivos, pero en supuestos distintos a los vistos. No se -- trata estrictamente de un conflicto frontal entre el propie tario y su mediador posesorio, sino más bien indirecto y de bido a la intervención de un tercero. Concretamente, nos re ferimos al caso, en el cual se embargan bienes no pertene-- cientes al deudor, debido a lo cual entran en conflicto el propietario con el acreedor y el deudor mismo. El acreedor (cont, de la pág. anterior)

de que él sostiene constituyen la manifestación; en - una palabra, cuando es posible explicarlos de un modo diferente, que no sea la pretensión de un derecho sobre la cosa".

Algunos ejemplos nos ofrecen los MAZEAUD, Lecciones, Parte 2ª-III, p. 425, para quienes es equívoca - la posesión del hotelero que tenga en su caja de caudales algunas alhajas de sus clientes, quien por consiguiente, no podrá invocar en su favor el art. 2279 CCF. La Corte de Casación francesa estima que la comu nidad de habitación no hace, por sí sola y de pleno - derecho equívoca la posesión; ésta es sólo un elemento de hecho cuya apreciación pertenece a los jueces. "Los tribunales -dicen- usan también en esto de su liber-- tad para asegurar, con toda la frecuencia necesaria, la protección del patrimonio familiar".

se opone a las pretensiones del reivindicante, alegando la -
presunción de propiedad derivada de la posesión ejercida por
el deudor sobre la cosa, al momento de realizarse el embargo.
El animus domini se presume (art. 283 C.c.). Gráficamente la
situación sería como sigue: A, propietario de un mueble lo -
presta a B. C, acreedor de B, embarga la cosa que poseía a -
nombre de A, pues de acuerdo con el art. 854 C.c., presume -
que le pertenece. La reacción inmediata de A es incoar una -
tercería excluyente de dominio, para lo cual debe aportar un
documento público, conforme al artículo 493-3 del Código Pro
cesal civil; de lo contrario la tercería no prospera.

No bastará con que el tercerista demuestre una adquisi-
ción en su favor; deberá demostrar que ha seguido siendo pro
pietario y no solo que una vez lo fue. Si se presumiera que
ha seguido siendo propietario desde que adquirió la cosa, se
alimentaría el fraude en perjuicio de los acreedores del em-
bargado, pero también en daño de los adquirente, quienes es-
tarían sujetos a demostrar, en caso de reclamación del posee
dor anterior, una adquisición en su beneficio. Una presun- -
ción de esta índole, se encontraría en colisión con la de --
propiedad del poseedor actual, la cual debe prevalecer fren-
te a una posible presunción en favor del poseedor anterior -
(137), mientras estuvo en posesión de la cosa y a pesar de -

(137) Cfr. ALBADALEJO, supra nota 75 (Cap. I), p. 52. Si la
presunción de propiedad deriva de la posesión, lo mis-
mo vale para aplicarla, si la posesión es actual o fue
en el pasado. Si el tercerista o en su caso el reivin-

considerarse como poseedor inmaterial (138). El demandante - está obligado a probar el contrato de mediación posesoria, y una vez que lo haga, conforme al artículo 283 C.c., se presume que la posesión continua en nombre de quien la comenzó, - es decir, en nombre del poseedor mediato. Si el deudor embargado recibió la cosa en calidad de depositario o arrendata--

(cont. de la pág. anterior)

vindicante en juicio ordinario, demostrare una pose- - sión anterior, se ha de presumir que mientras poseyó, lo hizo como propietario. Esta presunción encontraría un obstáculo cronológico, en el sentido de que su vi- - gencia esta limitada al tiempo que duró la posesión de la cosa. Ahora es poseída animus domini, por otro, - - quien tiene a su vez una presunción de propiedad ac- - tual, la que es más fuerte y prevalece sobre una pre- - sunción de propiedad anterior. El poseedor anterior, - estará obligado a demostrar que ha seguido siendo pro- - pietario a pesar de no tener la posesión efectiva de - la cosa, para lo cual debe probar el convenio estipula- - do con el poseedor actual. En el caso concreto de la - tercería el art. 493-3 del Código Procesal civil, exi- - ge además, un documento auténtico en que conste el tí- - tulo del actos.

En el Derecho alemán, parágrafo 1006 del BGB, se admite expresamente que, de una posesión anterior, deriva una presunción de propiedad en favor de quien la ejerció (así también el art. 930 del C.c. suizo). En - caso de una colisión de esta presunción con la del po- - seedor actual, es preferente, indica WOLFF, supra nota 24 (Cap. I). p. 127, la presunción a favor del propie- - tario actual. La presunción a favor de un propietario anterior, se aplica en la práctica, señala este autor (lugar citado), en algunas pretensiones; así por ejem- - plo, cuando la demanda por enriquecimiento sin causa, se basa en que el demandado ha obtenido la posesión y la propiedad a expensas del demandante, v.g. por una - AND. El actor podrá demostrar su propiedad anterior, - en la actualidad indiscutiblemente perdida, probando - su posesión anterior.

(138) Véase en este sentido el análisis de ALBADALEJO, ob, - cit. p. 51.

rio, probado que fue así, se presume que ha seguido poseyendo la cosa en esa calidad y hasta el momento del embargo, --salvo que el interesado aporte la prueba de un título de adquisición posterior. En principio, esa sería la situación de las partes. Como se habrá observado, indirectamente se produce un verdadero conflicto entre ellas, aunque no se pretende necesariamente la restitución de la cosa, sino evidenciar el derecho desconocido por el acreedor embargante (138 bis). No se requiere una afirmación categórica del deudor-poseedor, --en el sentido de que posee la cosa como dueño; basta con que se realice el embargo, para lo cual se necesita únicamente --estar en posesión de los bienes y a pesar de manifestar el --deudor que no le pertenecen, afirmación que puede tener por fin evadir el embargo (139).

La Sala Primera civil (140), ha sostenido lo siguiente:

(138 bis) En este sentido precisa CARRERAS, I., en su extensa monografía El embargo de bienes (Bosch, Barcelona, 1957), p. 304 (nota 350), que: "Aunque pueda parecer que en la demanda de tercería de dominio --sólo se formula una pretensión contra el ejecutante que ha solicitado y obtenido el embargo del bien vemos que, en realidad existe una doble pretensión incompatible con la posición del ejecutante y el --ejecutado; contra el primero, se pretende la liberación del bien indebidamente afectado y contra el segundo se pretende una declaración de cominio(...)

(139) La sentencia de Casación Nº 104-1976, resolvió que: --"Aunque el ejecutado guardó silencio en el momento del embargo de los bienes muebles, pues no aclaró que los mismos no le pertenecían, el punto no es importante, --ya que fue por el hecho de la posesión que se presumió su derecho de propiedad sobre las máquinas (...)"

(140) Sala 1ª Civil: sentencia Nº 373-1974.

"Con la prueba rendida por el actor está demostrado que en un momento dado él fue dueño de los muebles a que este asunto se refiere, por haberlos adquirido en virtud de compra, pero con esa misma prueba no se puede tener por demostrado que él siguiera siendo dueño en el momento en que se practicó el embargo, porque entonces los bienes estaban en posesión del embargado (...), en la casa de habitación de éste (...) y, es totalmente posible que el (el actor) hubiera vendido esos bienes al (embargado). El actor ha alegado que el (el embargado) tenía los muebles provisionalmente (...) hecho que no demostró pues no ofreció prueba alguna, no obstante que era su obligación hacerlo" (141). En la especie no se demostró la sucesión de posesiones, pero de haberse demostrado, ¿prosperaría la demanda, fundada en la posesión equívoca del deudor sobre el bien embargado? Veamos antes si es posible impugnar la presunción a que se acoge quien es detentador de la cosa y se adueña sucesivamente de ella. Conforme al artículo 279-I del Código civil, los actos facultativos o de simple tolerancia por parte del propietario, no dan derecho de posesión. Quien vive bajo un mismo techo con el propietario de una cosa mueble, detentándola por mera toleran--

(141) La Sala 2ª Civil ha resuelto recientemente en forma distinta. En la sentencia N° 390-1975, estimó que bastaba la sola prueba de una adquisición anterior para que prosperara la tercería, cuando en realidad se debe exigir la prueba de un derecho actual, única forma de destruir la presunción de propiedad del poseedor actual.

cia de éste, o quien ejerza un poder de hecho sobre la cosa, en carácter de servidor de la posesión del dominus y se apropia de ella, ha de restituirla, una vez demuestre el interesado, que la cosa era retenida en el concepto supra indicado y no obstante la posesión como dueño ejercida por el demandado. Probando la relación inicial que éste tenía con la cosa, destruirá la presunción de propiedad actual, y es él, el demandado, quien debe probar una adquisición posterior. Al demostrarse que su posición inicial era la de un detentador, - debe presumirse que lo ha seguido siendo (por aplicación analógica del art. 283 C.c.) y siendo así, no le asiste la presunción de propiedad, referida solo a quien es poseedor.

Fallecido el propietario de una cosa mueble, los herederos, con base en el art. 279-I citado, pueden recuperarla de quien la detentaba y aprovecha la muerte del propietario para apropiarse de ella, con probar el carácter precario con - que el demandado la retenía en vida del propietario, destruyendo la presunción de propiedad a que se ampara, bastando - para ello, la prueba testimonial (art. 753 C.c.).

Ahora bien, si quien se ampara a la presunción es quien poseía la cosa efectivamente y a nombre del propietario, ya vimos como, probando la relación de mediación posesoria, conforme al art. 283 C.c., se destruye la presunción, por presumirse entonces que la posesión continua en nombre de quien - se inició. Pero estimamos que la presunción se destruye tam-

bién, si se demuestra que los actos posesorios ejercidos por el demandado, no han correspondido a quien es en realidad un propietario, es decir, tal y como lo establece la jurisprudencia francesa, si se demuestra una posesión "equivoca". -- Probado esto y demostrado por el actor haber sido el poseedor inmediatamente anterior, se ha de presumir su propiedad actual, corriendo la carga de la prueba contraria, por cuenta del demandado. El fundamento de esta solución radica, en que la presunción de propiedad sólo opera cuando la posesión es en concepto de propietario; si se prueba la posesión alieno nomine que ejercía el demandado, su posesión actual como dueño se contradice con su situación anterior, lo que cuestiona y termina por destruir la presunción de propiedad y -- sea él, quien pruebe un título posterior de adquisición. Y -- no hay duda de que es así, si cuando se presume la propiedad del poseedor usucapiente, (art. 854 C.c.), situación a que -- se refiere la presunción de propiedad, solo una posesión ejercida con las características que señala el artículo 856 C.c., es capaz de crear una presunción de título. La posesión, dispone este artículo, "(...) ha de ser en calidad de propietario, continua, pública y pacífica". Si se demuestra que la ejercida por el demandado, no reúne estas características, la presunción de propiedad queda destruida por extensión en cualquier hipótesis en que se esté aplicando y no sólo en caso de usucapión. La posesión debe ejercerse desde el

inicio en esas condiciones; si inicialmente no fue así, es - el poseedor-demandado, a quien le corresponde, dijimos, la - prueba de su título, y de no ser probado, debe restituir la cosa al poseedor anterior, por cuanto: "Nemo sibi causam possessionis mutare potest". Las contradicciones durante el ejercicio de la posesión, debilitan y llegarán, si lo amerita, a destruir la presunción de propiedad, sin que se haya demostrado por el actor, directamente, su título de propietario actual.

Si el conflicto entre poseedores sucesivos es causado - por y en relación con un tercero, concretamente, un acreedor embargante, de acuerdo con lo que comentábamos anteriormente, se puede creer que, una solución como la planteada, permitiría burlar a los acreedores que embarguen, no bienes ajenos, sino propios del deudor; un tercero en colusión con el deudor, demostrando una supuesta posesión anterior, y contradicciones en el carácter de la posesión del embargado, quien haría todo lo posible por evidenciarlo, podría llegar a destruir la presunción de propiedad del deudor a la que se aferra el acreedor. Si esto puede suceder efectivamente, no --- creemos que se deba rechazar esta posibilidad, no sólo por - cuanto de lo contrario se perjudica al propietario que de -- buena fe la utiliza, que si bien pudo actuar imprudentemente al no documentar la relación contractual con el deudor embargado, no por eso debe negársele, radicalmente, toda otra al-

ternativa de defensa, sino también, por cuanto ésta solución es técnicamente correcta. Si lo que se pretende es simular que el demandante es propietario, resulta más sencillo hacer la prueba de una adquisición del mismo deudor, mediante constituto posesorio, con las condiciones exigidas por el art. 482 infine C.c., evitándose entablar la demanda ordinaria; bastando una tercería de dominio, dentro del proceso ejecutivo, para liberar la cosa del gravamen. Además, en la duda de si el actor es o no propietario y si está o no simulando una mediación posesoria, es preferible proteger al adquirente de la cosa, que a un acreedor, embargante de la misma, quien conservará su derecho en todo caso, mientras que el adquirente perdería definitivamente la cosa, -- en tanto que el acreedor puede recurrir a otros bienes de su deudor.

En síntesis, el propietario que ha dado una cosa suya a otra persona, en calidad de arrendatario, usufructuario, depositario, etc., puede exigir su restitución, a pesar de haber sido embargada por un acreedor del poseedor inmediato, probando la sucesión de posesiones y que el poseedor directo es alieno nomine, para lo cual no requiere necesariamente recurrir al contrato de mediación posesoria: será suficiente la prueba de la incongruencia entre los actos posesorios del deudor-embargado, con los de quien sería verdadero propietario. Al no corresponder la posesión del deudor con

la de quien sería efectivamente propietario, automáticamente la presunción de propiedad queda destruida y la cosa, libre del gravamen impuesto.

Y aún más, en este particular caso, el actor estaría legitimado para incoar la demanda, con la sola prueba de su posesión anterior. Se presumiría entonces su propiedad anterior y una vez comprobada la sucesión de posesiones, entre él y el demandado, y se destruyera la presunción de propiedad en favor de este último, forzosamente debemos considerar propietario al actor, pero solo como "presunto" propietario, por descansar su demanda en un derecho presunto.

Una última cuestión es la relativa a la aplicación de los artículos 281 y 283 C.c., en esta materia. El primero de ellos dispone que: "El derecho de posesión hace presumir el derecho de poseer mientras otro no pruebe corresponderle ese derecho". En el otro se establece que: "En la duda, se presume que el tenedor de la cosa posee a nombre propio y que la posesión continua en nombre de quien la comenzó".

En relación con el primero de estos artículos, podría suscitar dudas su aplicación en esta materia, toda vez que en ella no se discute el derecho de "poseer", sino a quién corresponde la titularidad de la cosa. Pero si se dice que el hecho de la posesión, hace presumir el derecho de poseer, lo que se presume es el derecho de poseer la cosa en el concepto en que sea poseída, sea como propietario, usufructua--

rio, etc. Este artículo, concebido en términos más amplios -- que el art. 854 C.c., confirma la presunción de propiedad -- contenida en este último (142).

El artículo 283 transcrito, refunde los artículo 2230 - (143) y 2231 (144) del Código civil francés. En su primera -- frase o presunción que es la que nos interesa en este momento, complementa la presunción del art. 854 C.c.: si esta presunción se refiere a quien posee una cosa como dueño, por la del art. 283 citado, se presume que la posesión es en concepto de dueño, eso y no otra cosa significa una presunción de "poseer en nombre propio". Si la presunción de propiedad esta en relación únicamente con quien posea una cosa a título de propietario, mediante el artículo 283 citado, el poseedor tendrá la ventaja de que su "animus domini" también se presume.

- (142) En este sentido, la sentencia de Casación Nº 101-1951, afirmó que: "El principio de que la posesión vale por título (entendido en esta sentencia como una presunción de propiedad) que nuestro derecho civil mantiene en varias disposiciones, por ejemplo en los artículos 281 (por error se consignó "291"), 854 (...), esta fundado en que la posesión por regla general es la aparición externa del derecho de propiedad, de donde se deriva la presunción juris tantum de quien tiene el hecho ejercer el derecho".
- (143) Dispone este artículo que: "Se presume que se posee -- por uno mismo y a título de dueño, a no ser que se -- pruebe que se ha comenzado a poseer por otro".
- (144) Este artículo establece que: "Cuando se ha comenzado a poseer por otro, se presume que se sigue poseyendo con el mismo título, salvo prueba en contrario".

8.- Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, sobre el sentido de los artículo 481 y 854 -- del Código civil, y lo ha hecho mayormente, en aquellos casos en los que se discute la eficacia de una adquisición "a domino" y en especial en materia de tercerías excluyentes de dominio, tema al cual haremos referencia concreta más adelante (véase infra página 231). No obstante no ser ésta, en estricto sentido, la función original del artículo 481 C.c., - podemos extraer diversos conceptos de interés que proyectan el sentido que estos artículos han asumido en la práctica.

Ya hemos hecho hincapié en una oportunidad anterior, en la frecuente confusión en que se incurre entre los dos efectos de la máxima "En bienes muebles, la posesión equivale al título", que en nuestra normativa han sido claramente diferenciados. Queremos insistir sobre este punto. Constantemente se alude a la máxima, como punto de referencia para la solución de los conflictos de titularidades sobre muebles, lo -- que ya desde un principio es un mal síntoma; se propicia entonces la confusión de los artículo 481 y 854 C.c. Prueba de esto es que, aplicando la máxima, se ha dado fortaleza inusitada al hecho de la posesión. En este sentido se puede apreciar la sentencia antes citada (145), para la cual constituye título hábil, la posesión y la presunción derivada de ella, con lo cual se deduce que bastaría la sola posesión, pa (145) Sentencia de la Sala 1ª Civil, nº 373-1974. V. supra - nota 17.

ra que el poseedor se convierta en propietario, lo que hemos visto que no es así.

En la misma indistinción de conceptos incurre la Sala de Casación (146), al afirmar que: "(...) tratándose de bienes muebles corporales, las posibilidades de ejercer la acción reivindicatoria están muy limitadas, porque cuando se trata de esta clase de cosas, poseer equivale a tener la -- propiedad del bien; y siendo así, la acción mencionada casi no tiene cabida sino en limitados supuestos. De manera que la regla es que quien tiene la posesión tiene la propiedad y se encuentra al abrigo de la reivindicación, salvo los casos de excepción. El poseedor no necesita presentar título para probar que es propietario, pues su posesión equivale -- al título. Ese principio conduce a otro: no se reivindican los muebles salvo cuando se sufre robo o pérdida de ellos".

Si se dice que "La posesión equivale al título", ello en nuestro ordenamiento, solamente puede equipararse en alguna medida, con la presunción de propiedad del art. 854, -- que solo exige el hecho de la posesión para ser aplicada. -- De referirse al efecto sustantivo, carecería de fundamento sostener esa equivalencia, ya que el adquirente no obtiene la propiedad con la sola posesión; requiere un título hábil, además de la posesión. Esta sentencia, aplica sin duda la -- "equivalencia", de la posesión al título, en el sentido sus

(145) Sentencia de la Sala de Casación N° 104-1976, que con firma la N° 373-1974 citada.

tantivo que se le otorga al principio en el Derecho francés, pues solo en esa forma se entiende que diga que: "(...) en tratándose de bienes muebles corporales la acción reivindicatoria está muy limitada porque cuando se trata de esta clase de cosas possession equivale a tener la propiedad del bien, y, siendo así, la acción mencionada casi no tiene cabida sino en limitados supuestos". En nuestro Derecho, la posesión da lugar únicamente a una presunción legal de dominio, que admite prueba en contrario, bastando con que el propietario demuestre la actualidad de su dominio o destruya la presunción -por no concurrir requisitos suficientes para que opere-, para obligar al poseedor a restituir la cosa. La regla es más bien la contraria: el mero poseedor se encuentra siempre obligado a la restitución.

Que se le está concediendo al poseedor, por el solo hecho de serlo, una situación jurídica prácticamente inatacable (al igual que en el Derecho francés), -como si se tratara de un adquirente o de quien tuviera su derecho de propiedad consolidado-, se evidencia cuando se afirma que: "(...) la regla es que quien tiene la posesión tiene la propiedad y se encuentra al abrigo de la reivindicación, salvo los casos de excepción". Estos "casos de excepción", es claro que son los indicados en el art. 481, cuando establece las situaciones en las que procede el reclamo del perjudicado contra el tercer adquirente, artículo que, matizando, trata de los

adquirentes y no de los poseedores.

La "equivalencia" que de la posesión al título hace esta sentencia, es de todo punto de vista desafortunada, producto de una interpretación a la ligera del principio, "En bienes muebles la posesión equivale al título", en relación con nuestros propios preceptos. Lo correcto es aplicar la presunción del art. 854 C.c., y decir, en sentido limitado que: "La posesión hace presumir el título" (147), y en su oportunidad la regla del art. 481. Si se debe aplicar la presunción de propiedad y en su lugar se afirma que "La posesión equivale al título", se da la idea de que el poseedor se encuentra en una situación más firme, más cercana a la de un verdadero titular, tendiendo a la aplicación del efecto sustantivo de la máxima, allí donde debe hablarse de la presunción de propiedad. Y desde el otro ángulo, es decir, si aplicando la máxima francesa, se hace la equivalencia en una situación en la cual se ha demostrado un título a favor del poseedor de buena fe, se convierte inmediatamente en propietario, sin tener por que establecer una equivalencia o equiparación de la posesión con el título, que es el artículo

(147) Véase también la sentencia de Casación N° 101-1951. Este fallo hace una aplicación adecuada del artículo 854 al sostener que: "Pero esa presunción del título de propiedad derivada de la posesión, no puede paralizar o desvirtuar la acción reivindicatoria del propietario, y queda desvanecida si quien tiene mejor derecho a la propiedad de la cosa, logra demostrar la carencia de título en el poseedor".

481 no hace (así como tampoco el art. 1065, referente a la venta de cosa ajena). Todo se circunscribe a un problema de prueba, siendo impropio asociar la irreivindicabilidad con la mera posesión, como lo hace la sentencia en comentario, lo que solo es posible a partir de la tradición mediante un título hábil y buena fe. De aquí que tampoco sea acertado -- considerar que de la regla, "En muebles, la posesión equivale al título", proviene el principio según el cual no se -- reivindican los muebles salvo cuando se sufre robo o pérdida de ellos, pues como expusimos en otra oportunidad (148), ello está lejos de ser así, no solo en relación con el propio art. 481, que admite otros supuestos de reivindicación, sino que también fuera del ámbito de este artículo la reivindicación es procedente en ciertas hipótesis, en su momento señaladas.

Existe sin duda, cierta afinidad terminológica entre -- la máxima: "En materia de muebles, la posesión equivale al título", con la presunción de propiedad de nuestro artículo 954: de una situación que hace presumir un derecho a una -- misma situación que equivalga a ese mismo derecho, no parece "prima facie", que exista una gran diferencia. Es muy -- probable que este parecido contribuya a asociar en la práctica la una con la otra; la máxima con la presunción de propiedad. Con un razonamiento ligero, se diría: "Si la pose-- (148) Véase supra página 174 y ss.

sión de un mueble equivale al título, es lo mismo decir que la posesión de un mueble hace presumir el título" (149). En el fondo es así como se interpreta en el Derecho francés, - cuando del efecto probatorio de la máxima se trata. Pero una asociación de esta índole en nuestra práctica, en donde en esta materia, se prohija corrientemente a la doctrina -- francesa -la que no siempre distingue entre los dos efectos de la máxima-, podría determinar la siguiente y contradictoria consideración: "Si la posesión de un mueble hace presumir el título o equivale a él, y si conforme a la doctrina, ello implica que el poseedor de buena fe se convierte en -- propietario, quiere decir que, aplicando la presunción de - propiedad del artículo 854 C.c., el poseedor de buena fe se convierte también en propietario". Nada más falso: una presunción no es más que eso; nunca impediría la restitución - de la cosa, si el actor demuestra su derecho actual de propiedad, o por otros medios destruye la presunción de propiedad a favor del poseedor demandado.

Ya hemos señalado como en el Derecho francés, conforme a la evolución histórica del precepto, "En materia de mue--

(149) En este sentido la sentencia de Casación de 2.45 hrs. del 18 de junio de 1928, resolvió que: "La regla de - que la posesión vale por título debe entenderse en el sentido de que el poseedor tiene en su favor una presunción de propiedad". De igual forma se pronunció la de 6 de julio de 1945, al decir que: "(...) la mera posesión hace presumir el título al tratarse de mue-- bles, lo que ha dado pie al aforisma jurídico de que la posesión vale por título".

bles, la posesión equivale al título", no se exige la prueba de un título idóneo o hábil, por el cual, en circunstancias normales, hubiera sido posible adquirir el derecho sobre la cosa, lo que en nuestra práctica se desconoce frecuentemente, desconociéndose también que el artículo 481 exige un título hábil para otorgar el derecho al tercero.

En la sentencia de comentario, se resolvía el conflicto entre un adquirente "a domino" y el deudor embargado -- enajenante de la cosa, pero que antes de entregarla al adquirente sufrió un embargo en la misma. El reclamo del adquirente se rechazó, aplicando conjuntamente los artículos 481 y 854 C.c. Se situó al poseedor, como se ha visto, en una posición inatacable, similar a la que tendría un adquirente que hubiera cumplido los requisitos del artículo 481, cuando en realidad su posición en el conflicto era muy distinta a la de un adquirente, que es siempre un tercero en relación con el perjudicado, y en este caso, el poseedor -- (deudor), era parte respecto a ambos terceros. A su situación jurídica era solo aplicable la presunción de dominio, no había razón de recurrir al artículo 481, que como sabemos regula conflictos entre terceros, y en esa medida si operaba entre el acreedor embargante y el adquirente, en la modalidad de adquisición "a domino".

La jurisprudencia nacional reconoce en el artículo 481 la existencia de la tan citada máxima (150), pero se compren

de que es así sólo en términos relativos y únicamente en la concerniente a la AND. Lo correcto es desechar toda referencia a la máxima como tal. Recurrir al principio francés, -- significa dar un paso atrás, con el peligro de caer en el mismo tipo de problemas de interpretación, a que conduce entre la doctrina francesa.

Se ha afirmado que: "(...) lo cierto es que la acción reivindicatoria esta cerrada no sólo para terceros, sino para el propio transmitente del bien mueble, salvo el caso para este último que la desposesión la haya sufrido por pérdida o robo de la cosa en que el artículo 481 de comentario - le permite la acción reivindicatoria (...)" (151). De nuevo se pierde la ubicación, que deben tener los intervinientes en un conflicto, en donde es aplicable el art. 481. El tercero a que se refiere el artículo 481, es el sujeto legitimado para establecer la acción reivindicatoria. La sentencia entiende como transmitente, aquél que enajena la cosa -

(150) Véase la sentencia de Casación Nº 72-1954 y la sentencia de la Sala 1ª Civil de 10.10 hrs. del 9 de abril de 1965. En la primera de estas sentencias se llega - incluso a plantear la problemática teórica que suscita la interpretación del art. 2279 CCF., si se refiere a una presunción o a un mecanismo adquisitivo, cuestión que está fuera de lugar discutir en nuestro Derecho, sino solo para crear incertidumbre, de algo que se encuentra muy claro en nuestra ley. Esta sentencia, sin llegar a separar expresamente el sentido de los efectos de la máxima francesa, llega, no obstante, a la afirmación de que: "La regla de que "en materia de muebles la posesión vale por título", sostenida por los artículos 481 y 854 del Código civil (...)".

(151) Sentencia de Casación Nº 72-1954.

al adquirente, lo que efectivamente es así. El transmitente se vincula mediante un contrato con el adquirente, al cual debe recurrir en caso de exigir la restitución del objeto, v.g. por incumplimiento contractual. Resulta sin embargo -- contradictorio, referirse al transmitente, como a quien sufre la desposesión involuntaria; no sería entonces tal transmitente, sino un tercero respecto al adquirente de la cosa sustraída o perdida. Más adelante afirma la sentencia citada, que: "Pero para el efecto de que la posesión de la cosa mueble sea eficaz como título de dominio contra terceros, - conforme a la regla del artículo 481 en relación, requiere que ella se haya producido mediante tradición por un título hábil; es decir, que la propiedad que ha obtenido el poseedor, le haya sido transmitida voluntariamente por el antiguo dueño, pues si la desposesión de esta no se ha operado con su voluntad, como en el caso de pérdida de la cosa, o se ha producido por acto doloso, como en el caso de robo -- (...) es inaplicable la presunción de que la posesión vale por título (...)" . Llegamos aquí al quid de la cuestión: se afirma que la posesión constituye el título, pero debiendo aplicar el artículo 481, esta sentencia exige como condición el título hábil y la tradición. Creemos que, a pesar - de establecer el art. 481, que la propiedad respecto de terceros, se adquiere "por la tradición" hecha en virtud de un título hábil, con este último requisito se modifica sustan-

cialmente la estructura de la máxima y no es factible una equivalencia de la posesión al título . Si en el Derecho -- francés se hace esta equivalencia, es porque efectivamente basta la sola posesión de buena fe, con ánimo de dueño, para adquirir la propiedad de la cosa; en la medida en que se exija al adquirente un título o prueba de una causa adquiri-- rendi, la posesión, aun de buena fe y con animo de propietario, no produce la adquisición del derecho; la adquisición no puede concebirse como un efecto de la tradición.

Este fallo insiste en que la posesión del adquirente -- constituye su título, lo que no es así, por la razón supra dicha, sino también, por cuanto en la especie, que trataba de una adquisición "a domino", el título de adquisición era el respectivo convenio traslativo de la propiedad, al ser -- el enajenante, titular del derecho sobre la cosa y no un -- propietario aparente. La tradición se exige como un requisito de eficacia del convenio traslativo, de manera que, con mayor razón no es aplicable en la especie, la regla de que la posesión equivale al título. Lo apropiado era simplemente señalar que el adquirente no había cumplido con los re-- quisitos del art. 481, para que su adquisición fuera eficaz respecto al tercero, y por tanto, se presumirá la propiedad del poseedor (deudor-embargado), supuesto enajenante (152).

152) Poniendo de manifiesto la poca precisión interpretati-- va que existe en esta materia, la sentencia comentada, refiriéndose al art. 2279 del Código civil francés, -- dice más adelante: "(...) dicha regla imbibita en el

La confusión surge a raíz de la aplicación del art. 481 al poseedor-enajenante, es la del artículo 854 C.c., referente a la presunción de propiedad.

Como hemos señalado, el convenio, en este caso, transmite por sí solo, e inter-partes, el derecho que el tradens tenía en la cosa. Respecto de terceros la transmisión queda condicionada al requisito de la tradición, exigida como garantía de la honorabilidad de las partes (153).

Por último, la sentencia afirma que, cuando la desposesión es dolosa, es inaplicable la presunción de que la posesión vale por título. A esta afirmación se puede observar, primero: que no toda desposesión mediante acto doloso, hace inaplicable el principio "En muebles, la posesión equivale al título", entendido en su sentido sustantivo, es decir, - el art. 481 C.c., porque, v.g. el que desposee el propietario mediante estafa, hace adquirir la cosa al tercero que la adquiera de buena fe. En segundo lugar -insistimos- al estarse aplicando el art. 481, bien en una AND o en una adquisición "a domino, debe descartarse la presunción de título" (cont. de la pág. anterior)

artículo 481 de comentario, la aclara de mejor modo - en el artículo 854 del Código civil (...)" . En otras palabras, da a entender que tanto uno como otro artículo tienen igual función, lo que es inadmisibile.

(153) Así lo manifiesta la sentencia de Casación de 15.45 - hrs. del 11 de mayo de 1933, al mantener que: "(...) es necesaria la tradición (...) porque sólo así se llena el fin práctico que persigue nuestra ley, de dificultar la celebración de simulaciones de venta de bienes muebles en perjuicio de terceros (...)" .

lo o de dominio, entre quienes son terceros.

Observando que, de acuerdo con el artículo 854, la ley une al hecho de la posesión, únicamente una presunción de dominio, no sería posible afirmar en buena técnica, que: -- "(...) la ley une al hecho de la posesión de buena fe un efecto traslativo de propiedad (...)" (154). Esta es una afirmación válida solamente para el Derecho francés, que por motivos históricos, no exige al adquirente la prueba de su título (155), y a la sola posesión animus domini y de buena fe, este Derecho sí une ese efecto traslativo de propiedad. En nuestro Derecho, si no se demuestra el título traslativo de dominio, el poseedor estará obligado a restituir la cosa, a menos que el actor no demuestre su derecho, pues entonces, se presumirá, de acuerdo con el artículo 854 C.c., que el poseedor es propietario. El poseedor podrá alegar haber adquirido mediante un título hábil, pero mientras no sea demostrado, su situación jurídica como mero poseedor, no podrá sufrir ninguna modificación. El Juez no se encuentra autorizado para concederle el derecho de propiedad, a pesar de que el reivindicante no pruebe su carencia de título y no obstante la posesión animus domini y de buena fe del demandado.

Si se quisiera dar mayor claridad al efecto sustantivo

(154) Sentencia de Casación № 72-1954.

(155) Cfr. supra página 17 y ss.

de la máxima francesa, manteniendo siempre sus lineamientos, podría concretarse la siguiente fórmula: "Quien adquiere un bien mueble de quien no es su propietario ni persona legitimada para enajenarlo, se convierte en propietario con la posesión de la cosa, si era de buena fe al momento de la entrega". Por los peligros que encierra este sistema, al no exigirse la prueba de un título o causa *adquirendi*, lo que ha llevado a la jurisprudencia francesa a utilizar el expediente de la "posesión equívoca" (156), es imprescindible exigirlo, tal y como lo dispone el artículo 481. La nueva fórmula debería quedar redactada entonces como sigue: "Quien adquiere una cosa mueble de quien no es su propietario ni persona legitimada para enajenarla, se convierte en propietario si la cosa le ha sido entregada, tiene un título idóneo y era de buena fe, es éste el sentido del artículo 481 C.c., cuando dispone que: "La propiedad de los muebles se adquiere eficazmente respecto de tercero por la tradición hecha en virtud de un título hábil".

II.- DERECHO EXTRANJERO.- La modificación que sufrió el principio francés: "En materia de muebles, la posesión equivale al título", no ha sido un fenómeno aislado de nuestra legislación. En otros sistemas tampoco ha sido recogido textualmente, aunque sí en sus efectos, cuando menos en el (156) Véase *supra* nota 136, en este Capítulo.

más relevante: la AND.

A pesar de no ser posible determinar a ciencia cierta, las causas específicas que indujeron a nuestros legisladores a no acoger el precepto francés en su literalidad, supieron discernir lo que en el Derecho francés estuvo tanto tiempo en la oscuridad, o sea la ambivalencia de la máxima, que en otras legislaciones ha sido también reconocida.

No pretendemos señalar todos aquellos Códigos, en los cuales la máxima sufrió alteraciones, sino destacar su recepción en algunos de los sistemas de mayor importancia, o que pueden servirnos de ejemplo.

1) En lo que concierne al Derecho alemán, no es apropiado plantear una "recepción" del principio francés. en la medida en que de una u otra forma, los efectos del mismo __ han sido mantenidos en el derecho tradicional. La Gewere no solamente impedía la reivindicación de la cosa si la adquiría un tercero, sino que gracias a ella, se establecía también una presunción de dominio en el titular aparente; es _ decir, tenía en cierta forma la doble función de la máxima francesa: servía de presunción de dominio, cuando no es de legitimación del derecho aparente (157). En el BGB se hizo la división: en el parágrafo 1006 se estableció una presunción de propiedad derivada de la posesión, disponiendo que:

(157) Cfr. PEREZ y ALGUER, supra nota 46 p. 453.

"En beneficio del poseedor de una cosa mueble se presume que él es propietario de la misma". Por otra parte, en el párrafo 932, se permite la AND, en el cual si se debe reconocer la influencia del art. 2279 del Cod., toda vez que el _ derecho tradicional, establecía únicamente una irreivindicabilidad. En este sentido dispone el párrafo 932 citado, _ que: "Por una ejanejación realizada según el párrafo 929 el adquirente se hace propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante, a no ser que él -el adquirente- no esté de buena fe en el tiempo en que según estas disposiciones adquiriría la propiedad" (158).

2) Siguiendo las directrices del Código Napoleón, el _ Código civil italiano de 1865, disponía en su artículo 707, que: "Riguardo ai beni mobili per loro natura ed ai titoli al portadores, il possesso produce a favore dei terzi di _ buona fede l'effetto stesso del titoli (...)" . El artículo 708 ibid, decía: "Celui però che ha smarrito la cosa o che ne fu derubato, può ripeterla da quello presso cui la trova, salvo a questo il regresso per indennità contro colui _

(158) El párrafo 929 del BGB dispone lo siguiente: "Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble, es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse. Si el _ adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de propiedad". En el párrafo _ 935 BGB, se recogieron las dos excepciones clásicas _ a la irreivindicabilidad, en caso de robo o extravío de la cosa.

dal quale l'ha ricevuto". El artículo 709 ibid., reproducía el texto original del artículo 2280 del Code.

El Código civil italiano de 1942 suprimió estos artículos y en su lugar dispuso en el artículo 1153, que: "Celui al quale sono alienati beni mobili da parte da chi non è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purchè sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà. La proprietà si acquista libera da diritto altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente. Nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno".

El artículo 707 del Código civil italiano derogado, seguía más de cerca al artículo 2279 del Code, que lo que lo puede hacer el artículo 1143 del Código civil vigente. No exigía expresamente un título adquisitivo (158 bis), haciendo una equiparación o equivalencia de la posesión al título que el art. 1153 no hace, cuando acoge el efecto sustantivo de la máxima. Este último artículo, al igual que nuestro 481, exige un título ("idóneo") al poseedor, que de no demostrarse, impide la AND.

Consciente de la necesidad de proteger más ampliamente

(158 bis) Sin embargo, TARTUFARI, A. supra nota 138 (Cap.I) págs. 471-472 insistía en la necesidad de un título hábil, de otra forma el tercer adquirente no era de buena fe.

el tráfico jurídico de bienes, el legislador italiano suprimió el derecho del desposeído a causa de pérdida o sustracción, a perseguir la cosa poseída por un tercer adquirente de buena fe. Por el contrario y quizá por la poca importancia concedida o que efectivamente tenía el tráfico de bienes muebles, cuando se promulgó nuestro Código civil (1888) el art. 481-II, mantiene la reivindicación de las cosas robadas (sustraídas) y perdidas (159), tal y como lo prescribe el artículo 2279-II del Código Napoleón.

Como quiera que sea, el Código civil italiano vigente, supo evitar el vago precepto francés, aproximándose la redacción del art. 1153 del actual Código, a la de nuestro artículo 481. Así como el legislador italiano buscando una mayor solidez a la regla del art. 707 del Código civil de 1865, creó el art. 1153, así nuestro legislador de fines del siglo XIX, erigió la regla del artículo 481, sustituyendo el anacrónico principio: "En materia de muebles, la posesión equivale al título".

El poseedor demandado en juicio de reivindicación, no se encuentra en la obligación de probar su derecho; es el

(159) SOTELA MONTAGNE, anotador del Tratado de los Bienes de Brenes Córdoba, p. 196, reflexiona con buen sentido, al referirse a la utilidad de esta acción, cuando afirma que: "(...) la excepción introducida con motivo de la pérdida o robo, apenas si logra justificarse en presencia del interés social que exige amplia seguridad para el tráfico mobiliario (...)".

demandado a quien le corresponde probar que es él el propietario, no exactamente por cuanto se presume la titularidad del poseedor, sino porque se presume que tiene derecho a poseer y que está en posesión y no es un detentador (art. 1141 CCI). Asimismo, en el Código civil italiano, se establecen reglas particulares relativas a la carga de la prueba: el artículo 2697 ibid, obliga al demandante a probar los "hechos constitutivos" sobre los que descansa el derecho que alega tener. El demandado tiene la carga de probar los hechos "impeditivos, modificativos o extintivos" del pretendido derecho del actor. De acuerdo con esto, es el reivindicante quien tiene la carga de probar, que el poseedor no tiene ningún derecho en la cosa y que él es el propietario.

3) El Código civil suizo ha desechado igualmente la máxima: "En materia de muebles la posesión equivale al título", en lo que respecta a la fórmula en sí, pero no a sus efectos. De modo similar a nuestro Código civil, el Código suizo regula la AND y la presunción de propiedad en forma independiente.

En el artículo 933 dispone que: "El adquirente de buena fe de una cosa mueble que se la ha transferido a título de propiedad o de algún derecho real, por aquel a quien la cosa le fue confiada, debe ser mantenido, en todo caso en su adquisición "(160).

(160) Refiriéndose a este artículo ha escrito SCAEVOLA, supra nota 32 (Cap.I), p. 584 que: "El Código Suizo no ha dado asilo a la intransigencia de la fórmula, pero

En lo que toca a la presunción de propiedad, el artículo 930 del Código civil suizo, dispone lo siguiente: "El poseedor de una cosa mueble se presume su propietario".

Los poseedores anteriores también se presume fueron sus propietarios al tiempo de la posesión" (161).

4) En el Código civil español se ha mantenido casi literalmente la expresión del art. 2279 del Cod. En el artículo 464 de dicho cuerpo legal se lee, en lo que interesa que: "La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea". Los dos efectos, sustantivo y probatorio, de la máxima francesa, han pasado a esta disposición (162). El artículo 448 *ibid*, contiene (cont. de la pág. anterior)

con una lección experimental ha tratado el problema de la posesión de las cosas muebles en términos precisos que disipan toda celajería".

- (161) En el artículo 934 del Código Suizo, se completa la materia, diciendo que: "El poseedor de una cosa mueble que le ha sido robada, o que la ha extraviado, o que se ve privado de ella sin su voluntad, puede reivindicarla durante un plazo de cinco años. Cuando la cosa ha sido adquirida en pública subasta en un mercado o de un mercader de objetos de la misma especie, no podrá ser reivindicada, ni contra el primer adquirente, ni contra otro de buena fe, sino a condición de reembolsarle el precio que hubiere pagado por ella".
- (162) Véase en este sentido a PEREZ y ALCUER, *supra* nota 46 p.129, en lo que se refiere a la presunción de propiedad y p.454 y 463 y ss., en lo que concierne a la AND. Así también ALBALADEJO, *supra* nota 75 (Cap.I), p.101 y 102. En relación con la presunción, matiza este autor que: "El art. 464 hay que estimarlo, pues, también como facilitando la prueba de la titularidad de los derechos sobre bienes muebles. De modo que a quien alegue que le corresponde uno (así, que es dueño, usu

El artículo 448 *ibid.*, contiene también una presunción que refuerza la posición del poseedor, cuando dispone que: "El poseedor en concepto de dueño tiene en su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo".

La "quaestio vexata", sobre si el artículo 464 citado, establece una AND o si se refiere -siguiendo una inspiración romanista-, a la posesión requerida para usucapir una cosa mueble, aparece superada en la doctrina, principalmente por los aportes del renombrado jurista, Antonio Hernández Gil, quien con especial dedicación se ha abocado al estudio de esta materia, a través de sus varios artículos, citados a todo lo largo de esta investigación. La tesis germanista, de la cual este autor es su más conocido defensor, sostiene que, por la regla del artículo 464 citado, el poseedor se convierte instantáneamente en propietario (163). (cont. de la pág. anterior).

fructuario, etc.) sobre una cosa mueble, se le admite como prueba suficiente de que efectivamente le corresponde, la demostración de que adquirió de buena fe (que se presume, salvo prueba en contrario) la posesión en concepto de tal derecho (...). En la página 282, *ob. cit.* vuelve a referirse al punto. Véase igualmente a SANZ, *supra* nota 60 (Cap.I), p. 154. De otra opinión es HERNÁNDEZ GIL, *supra* nota 93 (Cap.I), p.397. Para NÚÑEZ LAGOS, *supra* nota 114 (Cap.I) p. 71. El legislador desglosó ambos efectos, el adquisitivo en el art. 464 y la presunción de propiedad en el art. 448 CCE.

- (163) Un análisis detallado de las diversas posturas doctrinales en torno al art. 464 CCE., en VALLET, *supra* nota 64 (Cap.I), p. 416 y ss. Ultimamente DIEZ DEL CORRAL, *supra* nota 75 (Cap.I); MARTÍNEZ CALCERRADA, *supra* nota 104 (Cap.I); JOSE MARIA MIGUEL GONZÁLEZ, Presupuestos históricos del art. 464 C.c., Tesis (inédita), Universidad Complutense de Madrid, 1973. Otras publicaciones de interés en la materia, son: El comentario a la sentencia de 3 de marzo de 1951, de PENA, M.

A pesar de la solidez científica de esta tesis, no ha encontrado eco en las decisiones judiciales (164).

5) El Código civil argentino no recibió tampoco la regla del artículo 2279 del Code, en los términos de la misma. Disgregados en varios artículos, se recojen los conceptos fundamentales de los artículos 2279 y 2280 del Código Napoleón.

En lo que concierne a la presunción de propiedad, el artículo 2412 de aquel cuerpo normativo, dispone que: "La posesión de buena fe de una cosa mueble crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella (...)".

En lo relativo a la AND, el artículo 2767 *ibid.*, señala lo siguiente: "La acción reivindicatoria no es admisible contra el poseedor de buena fe de una cosa mueble, que hubiese pagado el valor a la persona a la cual el demandante la había confiado para servirse de ella, para guardarla o para cualquier otro objeto". La AND se establece por vía de (cont. de la pág. anterior).

publicado en el Anuario de Derecho civil, Vol. Vº, Fas. 1º p. 351 y ss., y de VALLET DE GOYTISOLO, J., El Nº 1 del art. 464 del Código civil, según la sentencia de 19 de junio de 1945, publicado en el Anuario de Der. civ., Vol. IV, p. 1477 y ss.

- (164) Véase en especial la conocida sentencia del 19 de junio de 1945 que rechaza la AND. También la del 26 de junio de 1946 y 27 de mayo de 1958, entre otras, todas del Tribunal Supremo. Sin embargo, a juicio de ALBALADEJO, *supra* nota 75 (Cap. I), p. 101 (en nota), la tesis germanista tiene más o menos acogida en otro sector de la jurisprudencia. Señala entre otras, las sentencias de 13 de febrero de 1957; 12 de marzo y 18 de diciembre de 1958; 19 de diciembre de 1966; 14 de diciembre de 1970 y 4 de octubre de 1971.

de rebote, es decir, a consecuencia de la irreivindicabilidad de las cosas de las que se ha desposeído voluntariamente el propietario (165).

El Código civil del Perú, distinguió también los dos sentidos de la máxima francesa. Así, en su artículo 890 establece que: "Aquel que de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el dominio, aún cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo". En el art. 827 ibid., se afirma que: "El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario".

En conclusión, el principio jurídico francés, "En materia de muebles, la posesión equivale al título", ha tenido un papel importantísimo en el Derecho comparado; es notable la influencia que ha ejercido en las legislaciones europeas e iberoamericanas. Pero no se puede afirmar que fue acogido abiertamente; ha sufrido, en diversos ordenamientos, alteraciones importantes, tendientes a concederle un sentido más preciso a las reglas que engloba. Un ejemplo de ello es nuestro propio artículo 481 C.c., que tiene además el detalle trascendental, de obligar al poseedor, adquirente a

(165) El art. 2765 del Código argentino, dispone que: "El que ha perdido o a quien se ha robado una cosa mueble puede reivindicarla, aunque se halle en un tercero poseedor de buena fe". El art. 2768 ibid señala lo que sigue: "La persona que reivindica una cosa mueble robada o perdida de un tercer poseedor de buena fe, no está obligada a reembolsarle el precio que por ella hubiese pagado, con excepción del caso en que la cosa se hubiese vendido con otras iguales en una venta pública o en casa de venta de objetos semejantes".

non domino, a comprobar un título de adquisición del derecho en la cosa.

SECCION SEGUNDA

CASUISTICA

Sumario: I.- Aplicaciones prácticas del art. 481 C.c.; 1.- Pago indebido; 2.- Enajenación del heredero del depositario; 3.- Pacto de reserva de dominio; 4.- Adquisición en venta pública; 5.- Enajenación del cotitular; 6.- Adquisición hecha al servidor de la posesión; 7.- El art. 481 C.c. y la tercería excluyente de dominio; 8.- Conflicto entre adquirentes de derechos en una misma cosa; 9.- Adquisición a non domino de derechos reales limitados; A) Adquisición a non domino del usufructo y uso; B) Adquisición a non domino del derecho de prenda; C) Prenda tácita. II.- Otros casos de protección a los adquirentes; 1.- Rescisión y revocación de la donación; 2.- Enajenación de los bienes del ausente; 3.- Adquisición hecha al ex-mandatario.

En esta sección, pretendemos, en primer lugar, demostrar cómo ha sido confirmado el art. 481 en otras normas, mostrando el legislador patrio, un criterio homogéneo en la solución de aquellos conflictos, en que colisionan los intereses de terceros. Estas normas, si no lo hacen expresa o directamente, al menos de reflejo, si confirman la protección a quien adquiere de buena fe, en perjuicio de un tercero, y es lógico que sea en esta forma: si existe una norma general, no se debe caer en reiteraciones inútiles, en cada una de sus posibles especificaciones.

Haremos también referencia a otras situaciones que merecen la atención, por la frecuencia con que tienen lugar en el medio social y en las cuales, el artículo 481 y el 854, son frecuentemente invocados.

I.- Aplicaciones prácticas del art. 481 C.c.

1.- Dispone el artículo 803 del Código civil que: "El que, por error de hecho o de derecho o por cualquier otro _ motivo, pagare lo que no debe, tendrá acción para repetir _ lo pagado.

Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error propio, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que, en razón del pago y con buena fe, ha suprimido o destruido un título necesario para el cobro de su crédito; pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor".

Deducimos del artículo anterior, que, quien de buena fe recibe un pago indebido y a consecuencia de él destruye el título en que constaba su crédito, se convierte en propietario. Si luego dispone de la cosa recibida en pago, el adquirente es "a domino". El artículo 481 no encuentra aplicación en esta hipótesis; no hay porqué discutir si el adquirente cumplió o no los requisitos de dicho artículo, sino más bien, si el acreedor destruyó su título y si lo hizo con o sin buena fe, es decir, si llegó a convertirse en propietario y si fue así, la regla del art. 481 es inaplicable. Si en cambio la destrucción del título fue dolosa, el adquirente de buena fe del mueble, objeto del pago indebido, será "a non domino", siendo por consiguiente de aplicación el artículo 481 C.c

Ahora bien, nos interesa más el artículo 804 *ibid.*, _ cuando dispone que: "El que de mala fe recibe indebidamente un pago está obligado a restituir la cosa recibida junto _ con los intereses o frutos desde el día del pago o desde _ que tuvo mala fe.

En caso de pérdida o enajenación de la cosa, debe restituir el valor real de ella (el subrayado es nuestro); y _ en caso de haber deterioros, indemnizarlos, aunque las pérdidas o deterioros provinieren de caso fortuito, a menos _ que se probare que lo mismo hubiera acontecido estando la _ cosa en poder del propietario".

Si hubo una enajenación, lo que procede es exigir una indemnización, situación que a contrario sensu significa, _ que el adquirente se convierte en propietario y lógicamente, "a non domino" (167). No creemos que quien verifique el pago indebido a un acreedor de mala fe, tiene la "opción" entre reivindicar la cosa del tercer adquirente o recurrir a una indemnización, a cargo del acreedor de mala fe; se encuentra, a nuestro juicio, condicionado por el art. 804 ci-

(167) En forma similar se pronuncia ROCA SASTRE, *supra* nota 25 (Cap. I) p. 303, en relación al art. 1897 del CCE, que regula lo relativo al pago indebido. Véase asimismo a HERNANDEZ GIL, *supra* nota 32 (Cap. I), p. 430; GULLON BALLESTEROS, A., Cobro de lo indebido en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Battle Vasquez* (Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1978), págs. 380-381. Opi- na distinto MELON, *supra* nota 104 (Cap. I), p. 87 y ss. JORDANO BAREA, *supra* nota 99 (Cap. I), estima que el _ pago indebido es válido y sólo da lugar a una reclama- ción de carácter personal.

tado, a esto último, de otra forma se haría nugatoria la regla del art. 481 (168).

Una última cuestión, es indicar que, cuando el artículo 804 de comentario, alude a la "pérdida" de la cosa por parte del acreedor de mala fe y al consiguiente pago de su valor real, no se refiere al "extravío" de la misma, pues de ser así, el propietario, o quien hizo el pago, conservará su derecho a reclamarla del tercer adquirente, o en su caso del hallador. Resulta también bastante claro, en el contexto del art. 804 C.c., que la pérdida supra indicada, es la total de la cosa; su destrucción como entidad física. No obstante, si fue efectivamente extraviada, nada impide que el interesado reclame una indemnización, si hubo negligencia en ello.

2.- Dispone el artículo 1356 C.c., la siguiente norma: "El heredero del depositario que ignorando el depósito vendiere o dispusiere de la cosa depositada, debe devolver el precio que haya recibido en caso de venta o el que tenía al tiempo en que dispuso de ella, en caso de donación o de haberla consumido".

(168) VALLET, supra nota 64 (Cap.I) págs. 440-441, refiriéndose al art. 1897 del Código civil español, estima que dicho numeral se limita a señalar las relaciones entre las partes, o sea, acreedor y quien hizo el pago, pero no se refiere a las que puedan existir entre el tercer adquirente y quien hizo el pago. Coincide en última instancia con Jordano Barea, supra nota 167.

En otra oportunidad señalamos que la posesión del heredero, sobre los bienes de la herencia, tiene las mismas características que la que ejercía en vida el causante (v. supra página III). De forma que, la posesión que en este caso corresponde al heredero enajenante es la de un depositario; quien de él adquiriera lo hace "a non domino" (169) y se encuentra protegido por el art. 481, si cumple con los requisitos legales.

A pesar de que el artículo en relación, da a entender lo contrario, creemos que no es indispensable la buena fe del enajenante (heredero), para la eficacia de la adquisición, sino, como sabemos, la buena fe del adquirente (170).

Ya vimos como el fundamento racional de esta adquisición, no descansa tanto en la desposesión involuntaria en que incurrió en vida el causante, sino en un efecto particular que la ley concede a la apariencia jurídica del

(169) En relación con el art. 1778 del Código civil español, homólogo de nuestro 1356 son de esta opinión HERNANDEZ GIL, supra nota 32 (Cap.I), p. 430; ROCA SASTRE, supra nota 25 (Cap.I) p. 308; GARCIA VALDECASAS, supra nota, 33, p. 59 (en nota 24). Para JORDANO BAREA; supra nota 99 (Cap.I), págs. 690 y 705; la AND, es producto de una "negatio actionis". De manera similar a lo dicho en supra nota 169, VALLET, supra nota 64 (Cap.I), p.440 sostiene que el art. 1778 del CCE., se refiere a las relaciones entre los herederos del depositario y el depositante y no entre éste y un tercer adquirente y no se trata por tanto, de una convalidación de la adquisición del tercero.

(170) Refiriéndose al art. 1778 CCE, que también exige la buena fe al enajenante (heredero), es de esta opinión ROCA SASTRE, supra nota 25 (Cap.I), p. 307 y JORDANO BAREA, supra nota 99 (Cap.I), p. 705.

jenante; es un supuesto de protección a la confianza en la apariencia (171). No obstante, esta explicación sigue siendo parcial, toda vez que si la res depósita había sido sustraída o perdida anteriormente, el propietario perjudicado con la desposesión involuntaria, podrá reclamarla; frente a él, la confianza del adquirente en la titularidad del heredero, no es protegida. En última instancia, en supra página 110, nos hemos opuesto a la AND a título gratuito.

3.- Quien adquiere un mueble de quien lo recibió bajo cláusula de reserva de dominio, se convierte en propietario, por aplicación del artículo 481. Es esta una hipótesis típica de AND (172), en la cual el propietario se desprende de la posesión de la cosa y la confía al tradens.

Es frecuente en la práctica, que respecto a cierto tipo de bienes se establezca el "pactum reservati domini". De ser así, cuando se produzca una AND de estos bienes, la reivindicación podría prosperar con base en la culpa grave del adquirente, si debió reconocer la procedencia ilegítima de la cosa.

(171) Cfr. ROCA SASTRE, supra nota 25 (Cap.I), p. 308.

(172) Cfr. MELON, supra nota 104 (Cap.I), p. 49 y ss.; MAS ALCARAZ, C., La cláusula de reserva de dominio, en Estudios de Derecho privado (Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1965) II, p. 117; OERTMANN, P., La reserva de dominio en la compraventa publicado en la Revista de Derecho privado, septiembre de 1930, p. 271, en una fugaz referencia, es de esta opinión.

4.- Si tiene lugar una adquisición por medio de una venta pública (173), el comprador o adjudicatario se convierte en adquirente a non domino, si la cosa no pertenecía al ejecutado y por error se creyó lo contrario (174).

El adjudicatario, cumplidos los requisitos del art.481 C.c., se convierte en propietario de la cosa (175). Es posible su recuperación, por quien es su verdadero propietario,

-
- (173) Venta pública que puede ser notarial, administrativa, o judicial, sea voluntaria o necesaria. En este sentido ALBALADEJO, supra nota 75 (Cap.I), p. 288; DIEZ PICAZO, L. y GULEON, A., Sistema de Derecho civil (Tecnos, Madrid, 1977) III p. 140; SCAEVOLA, supra nota 32 (Cap.I) p. 602, VALLET, supra nota 64 (Cap.I) p.488
- (174) Opina distinto AMOROS, supra nota 64 (Cap.I) p. 206, para quien el comprador en subasta judicial, adquiere la cosa en las mismas condiciones en que se encontraban, es decir sujeta a las posibles resultas de la falta de titularidad del embargado. Considera en última instancia que la realización del valor de la cosa, no implica una operación típica del tráfico jurídico, aunque termina por reconocer que el tema es bastante opinable.
- (175) El adquirente de un mueble en venta judicial, se convierte en propietario de la cosa ajena, si conforme al artículo 481 C.c. entró a poseerla. Lo mismo resulta del artículo 494-1 del Código de Procedimientos civiles, cuando dispone que: "Las tercerías pueden oponerse en cualquier estado de la ejecución, con tal de que: 1.- Si son excluyentes de dominio, aún no se haya dado posesión de los bienes al rematario o actor adjudicatario". Una aplicación práctica de esta última norma en las sentencias del Tribunal Superior civil, nº 506-1976 y nº 337-1977. De acuerdo con lo que nos indica ALVAREZ ABUNDANCIA, R., La tercería y la oposición de tercero publicado en la Revista de Derecho privado, T. XLVII, Madrid, p. 447, en el Derecho italiano, el propietario afectado por la AND del adjudicatario, tiene dos opciones a seguir, dependiendo de si el precio de venta se ha repartido o no entre los acreedores: si es lo primero se estará en la hipótesis de un pago indebido; el propietario anterior, probado su derecho, estará legitimado para repetirlo de los acreedores; si aún no se había repartido, el anterior propietario tendrá derecho a percibirlo (art. 620 del Código de Procedimientos civiles italiano).

si la venta pública se encontraba afectada por un vicio, _ con lo cual el adjudicatario carece de título hábil (176), _ y no obstante una situación como ésta no se incluya en el _ art. 472 del Código Procesal Civil, cuando enumera los moti vos que dan lugar a la anulación del remate. Cosa distinta es si se trata de un vicio de procedimiento, el cual debe _ alegarse en el mismo proceso (177).

Por último, en materia de buena fe, solo el adjudicatario que la tiene, se debe proteger (178); el adquirente de

(176) La sentencia de Casación N° 70-1952, resolvió que:"(...) tratándose de la validez de una venta judicial, que _ implica un contrato, no puede coartarse el derecho de discutirla en vía ordinaria, fuera del juicio en que ella se realizó y sin que sea dable aplicar a esa situación la precipitada norma (art. 385 CPC: v. infra nota siguiente) y la jurisprudencia respectiva, porque ellas se contraen a las meras nulidades de actuaciones entre las que no cabe catalogar a la venta en sí misma".

(177) Los vicios de procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia que interpreta el art. 385 del CPC., sólo _ pueden ser alegados y resueltos en el mismo juicio en que se produzcan. Véase en este sentido la Casación _ N° 70-1952.

(178) Cfr. MENGONI, supra nota 22 (Cap.I), p. 234. En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia _ italiana. Según la sentencia del 28 de Abril de 1952, Trib. Genova, publicada en Foro pad., 1952,I,1336: _ "In caso di esppropriazione di cosa mobile non appartenente al debitore escusso, l'aggiudicatorio acquista la proprietà se ne abbia conseguito il possesso di _ buena fede, ai sensi dell'art. 1153 CC.". La nueva doctrina procesalista italiana, indica MENGONI, Supra nota 22 (Cap.I),p.233, sostiene la tesis según la cual la venta forzada, tiene energía suficiente -independientemente de la posesión de buena fe- para atribuir al adjudicatario la propiedad de la cosa a título originario.

mala fe se encuentra expuesto a la acción reivindicatoria, a pesar de la letra del artículo 472 del Código de Procedimientos civiles, que se refiere a los casos en los cuales el remate es "anulable" en perjuicio de terceros, pero no excluye otras situaciones en que proceda la acción reivindicatoria, que no busca declarar nulo el remate, sino más bien una especie de revocación del mismo, como ocurre cuando la cosa adjudicada y entregada al adjudicatario, había sido sustraída o perdida anteriormente y la reclamase la víctima de la desposesión involuntaria.

5.- Quien adquiere una cosa mueble de quien la tiene en corpropiedad con otros, y aparenta ser el propietario de todo, lo hace a non domino de las diversas cotitularidades, a excepción de la propia del tradens. El adquirente podrá invocar el art. 481., si ha cumplido con los requisitos de ley.

Si la cosa había sido sustraída por el comunero, quien de él adquiriera, está sujeto a la reivindicación de los restantes copropietarios, salvo en lo que concierne al derecho correspondiente al tradens. Si la cosa se pierde y es hallada por un comunero, la sucesiva enajenación a título de propietario, solo hace adquirir al tercer adquirente el derecho del tradens, toda vez que respecto de los demás cotitulares, permanece en calidad de perdida (179). Si no se había

(179) Cfr. MELON, supra nota 104 (Cap.I), págs. 73-74.

verificado la tradición de la cosa, como sabemos, la reivindicación es procedente. A pesar de ello, el adquirente, no poseedor, tiene siempre en su patrimonio el derecho del cotitular enajenante, respecto del cual la adquisición es "a domino", siendo en este caso inaplicable el art. 481 C.c.; la adquisición del derecho tuvo lugar eficazmente, con el solo consentimiento de las partes.

Mutatis mutandi, lo mismo se debe decidir, en caso de enajenación de un coposeedor-non dominus, respecto a los demás coposeedores de la cosa, solo que en esta hipótesis, el adquirente lo es a non domino de toda la cosa (180).

6.- ¿Puede el servidor de la posesión hacer adquirir a non domino a un tercero de buena fe?

El servidor de la posesión no es un poseedor (181), es solamente un ayudante de la posesión del titular de la cosa. Por esta razón se ha llegado a estimar, que, aquellos muebles de que disponga en perjuicio del propietario, entran en la categoría de cosas perdidas, es decir, de aquellas cosas de las cuales el poseedor, involuntariamente se ve desposeído, debiendo el adquirente restituírlas (182). Si no se debe ha

(180) Ibid. p. 154.

(181) Cfr. DORAL, J., El servidor de la posesión en Estudios en honor del Prof. Castán Tobeñas (Edic. Univ. de Navarra, Pamplona, 1969), T.V., págs. 216, 245, 246.

(182) Cfr. WOLFF, supra nota 24 (Cap.I), págs. 46 y 454; HEDEMANN, supra nota 68 (Cap.I), p. 187.

blar de una desposesión voluntaria, en el estricto sentido de estos términos, se podría si se quiere criticar la actitud del propietario por haber depositado mal su confianza, al permitir que terceros, que no la merecen, estén en contacto con la cosa, con lo cual se acerca notablemente a quien se desposee voluntariamente de la cosa, en favor de otro. Asimismo, por el abuso de confianza del servidor posesorio, el propietario ha incurrido en culpa in eligendo (183).

Pero aún teniendo presente esta circunstancia, la adquisición realizada no se ajusta plenamente con la dogmática de la institución, de acuerdo con la cual, debe verificarse una entrega de la cosa al tradens non dominus, quien, obtiene en esta forma un derecho a poseerla y no simplemente la retiene como detentador (no autónomo).

No obstante no ser el servidor de la posesión un poseedor, creemos que se encuentra en posibilidad de hacer adquirir la posesión sobre la cosa, a un tercero de buena fe, cumpliendo el requisito de la tradición exigido por el art. 481 (184).

(183) No deja por ello de tener razón MONTEL, supra nota 24 (Cap.I) p. 346, cuando estima que la enajenación de la cosa por el servidor de la posesión, no se puede considerar como pérdida involuntaria para el dueño.

(184) El tercero adquiere la posesión como hecho, que es suficiente para producir la adquisición, si se cumplen los otros requisitos. En este sentido expresa GUZMAN, supra nota 59 (Cap.I), p. 124, que: "(...) estimamos que para la adquisición de hecho de la cosa (...), bastaría aún el haberla recibido de un no poseedor (servidor de la posesión, por ejemplo), porque (...) lo que se debe tomar en consideración es la apariencia del derecho que el transmitente ofrezca objetivamente (...)".

Para que se realice la AND, estimamos que bastará con que el enajenante tenga un poder de hecho sobre la cosa, lo que _ de por sí es suficiente para verificar la tradición (185), _ como para crear la apariencia de titularidad (186). Y no _ hay duda que también puede suministrar el título hábil (186 bis.). Como hemos venido afirmando, no tiene tanta trascendencia la forma de la desposesión del propietario, sino si el accipiens recibió la posesión de la cosa, confiado en la apariencia del tradens; análogamente decimos otro tanto, si el propietario no se desprendió de la posesión sobre la cosa, pero si permitió que el servidor posesorio la detentara. De esto resulta que el accipiens se convertirá en propietario, no con base en la desposesión involuntaria del dominus, que no existió, sino de acuerdo con los principios que regulan la teoría de la apariencia jurídica. Se tratará de un _ caso de protección de la confianza puesta en la apariencia de titularidad del tradens (187).

7.- Dentro de las adquisiciones "a vero domino", la _ tercería excluyente de dominio (188), es en la práctica, el caso en que con más frecuencia se aplica el art. 481 C.c. _

(185) Cfr. MENGONI, supra nota 22 (Cap.I) p. 127.

(186) Véase en este sentido a MELON, supra nota 104 (Cap.I) p. 148.

(186 bis) Cfr. GENTILE, supra nota 16 y p. 245.

(187) Cfr. MELON, supra nota 104 (Cap.I) p. 33 y KUMMEROW, _ supra nota 21, p. 32.

(188) El reclamo que realiza el tercerista dentro del proce

Pero también, desde un punto de vista general.

Desde un primer momento debemos hacer una distinción, en el sentido de que estos procesos admiten dos variantes (ambas en relación con la tercería excluyente de dominio):

- 1) Puede ocurrir que el tercerista reclame la propiedad de un mueble embargado a su enajenante y sobre el cual no había entrado en posesión inmediata; 2) O bien, puede presentarse el caso en el cual el embargado no sea ni hay sido enajenante del tercerista, sino su mediador posesorio, y estando en posesión del bien mueble, es embargado por su acreedor, como si fuera de su propiedad.

Descartamos desde ya, la aplicación del artículo 481 en esta última hipótesis; el tercerista no es un adquirente respecto o con perjuicio del acreedor embargante. No se discute la adquisición de un derecho a costa de un tercero, sino que se pretende demostrar un dominio consolidado tiempo atrás, independientemente de su relación con el poseedor inmediato actual, es decir, una propiedad desde un punto de vista estático y no dinámico, extraña al sentido del artículo

(cont. de la pág. anterior).

so de ejecución, constituye una verdadera acción reivindicatoria, que busca la declaratoria de su derecho y la restitución de la cosa. En este sentido véanse las sentencias del Tribunal Superior civil N° 531-1975 N° 506-1976 y N° 281-1977. La jurisprudencia española así también lo ha considerado: véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1917 y 10 de Enero de 1929. En doctrina es de esta opinión, ALVAREZ ABUNDANCIA, supra nota 175, p. 468.

lo 481 C.c. La tercería se fundaría en esta situación, en _ el principio general que otorga derecho a todo propietario a reivindicar sus bienes (art. 316 C.c.).

En lo que se refiere a la primera variante supra indicada, debemos a su vez distinguir dos situaciones, según _ que el embargo haya sido practicado antes o después de la _ enajenación (sin tradición real). En ambas hipótesis, hemos de suponer que el deudor se encontraba en posesión material de la cosa, razón por la cual, el acreedor, amparado por la presunción legal de dominio, derivada de esa posesión, procedió a realizar el embargo sobre los bienes ajenos.

Si la cosa adquirida por el tercerista estaba en poder del deudor al momento del embargo, al no haber tenido lugar la entrega de la misma al adquirente, lo primero a determinar es la eficacia de esa adquisición, respecto al acreedor embargante.

Recordemos que si se tratara de una AND, no se admite la transmisión mediante constituto posesorio (189), o en general, si como quiera que sea, no hubo tradición real. ¿Rige el mismo criterio en materia de tercerías?. Obsérvese _ que el reclamo del tercerista puede estar fundado en una _ transmisión simulada, a fin de burlar a los acreedores del deudor, situación que ~~mutatis mutandi~~ ha dado pie para re-

(189) Véase supra página 125

chazar la AND mediante constituto posesorio.

¿Pero es acaso igual la situación de un propietario que ve extinguirse su derecho de propiedad por intervención de un tercero de buena fe, que la de quien ha obtenido un derecho de preferencia en la cosa cuya propiedad se controvierte?. ¿Tiene el acreedor embargante derecho a ser protegido en iguales términos que el propietario perjudicado con la AND? Evidentemente no están en igualdad de condiciones: el propietario perderá definitivamente una cosa respecto a la cual ha desembolsado un precio, de manera que la entrega de la cosa al Accipiens cobra especial importancia y garantiza que el dominus es expropiado por un adquirente de buena fe. Como señalamos en supra página 194, de protegerse al adquirente, el acreedor se encontrará con que su embargo ha sido infructuoso, pero si puede percibir un daño con ello, éste no es del calibre del que sufre el adquirente, de protegerse al acreedor, toda vez que su crédito subsiste y puede hacerlo efectivo valiéndose de otros bienes del deudor, si no es que paga la deuda. Desde esta perspectiva, ofrece mayor importancia la protección del adquirente; creemos, que se puede atemperar los rigores de la doctrina cuando de la AND se trata, en el sentido de admitir la adquisición del tercerista que ha entrado a poseer la cosa mediatamente, es decir, de acuerdo con un constituto posesorio, haciendo efectiva la regla contemplada en el artículo 482-III del C.c. _

(190). La exigencia de este artículo al subordinar la eficacia de la adquisición, a que el pacto posesorio conste en instrumento público, garantiza en buena medida la honradez de la adquisición (191).

Pero el punto en relación no lo podemos dejar aquí, de lo contrario estaría incompleto; la cuestión es más compleja. Si el artículo 481 C.c., regula situaciones en las cuales se perjudica a terceros, debemos preguntarnos si a pesar de todo, el acreedor embargante es un tercero efectivamente perjudicado con la adquisición. Todo parece indicar que no se puede ubicar en esta categoría. Si se debe ser consecuente con la posición adoptada en casos anteriores, en lo que respecta a la figura del tercero perjudicado, el acreedor embargante, que practica el embargo con posterioridad al convenio de transmisión, técnicamente no encuadra en el concepto de tercero calificado, a los fines del art. 481 del C.c. Sin duda es un tercero en un sentido lato, pero para ser considerado verdadero tercero afectado, se debe atender ante todo a la cronología de los hechos, en el sentido

(190) En lo que interesa este artículo dispone que: "La cláusula en que el enajenante declara que en lo sucesivo tendrá la posesión de la cosa a nombre del adquirente, importará tradición sólo en el caso de que el convenio conste en instrumento público".

(191) En este sentido expresa LRENIS CORDOBA, Tratado de los bienes, p. 199, que: "(...) la formalidad (...) de instrumento público en el convenio posesorio, se exige como medida de precaución en favor de los terceros que pudieran ser perjudicados con el cambio repentino de posesión, por un traspaso subrepticio o simulado".

de que el perjuicio debió sufrirlo al momento de tener lugar el contrato traslativo de propiedad y no después. No cabría discutir sobre la eficacia de una adquisición realizada — cuando la cosa se encontraba libre de todo gravamen; al momento de realizarse la transmisión entre las partes, no — existía ningún tercero que pudiera ser perjudicado, de lo — cual deducimos, que el adquirente se convierte en propietario efectivo con el solo consentimiento, de acuerdo con el principio general que rige en nuestro Derecho (Art. 480 C.c. entre otros), y tiene derecho a reivindicar la cosa embargada.

Por el contrario, si el embargo es anterior a la enajenación, la situación es distinta; en esta hipótesis si se — aplica el artículo 481 C.c. El acreedor embargante es un — verdadero tercero en el sentido que nos interesa. Entregada la cosa al adquirente de buena fe y si el embargo no tenía publicidad que causara su culpa grave, la adquisición es — eficaz frente al acreedor.

Antes de la sentencia número 105 del 2 de Marzo de 1970 del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, — actual Tribunal Superior Civil, la tendencia era proteger — al adquirente que demostraba la transmisión "solo consensu" anterior al embargo (mediante documento con razón notarial de fecha cierta); con solo esta prueba la tercería excluyente de dominio prosperaba (192). Esta solución ofrecía incon

(192) Véase por ejemplo, la Resolución del T.S.C. y Cont. — Adm. N° 691-1967.

venientes en la vida práctica, al permitir, con relativa facilidad, burlar a los acreedores del ejecutado, mediante una transmisión simulada, en la que el deudor no entregaba la cosa al adquirente, sino que únicamente convenía en la transmisión del derecho de propiedad. En esta forma, se conseguía eliminar el gravamen impuesto por el acreedor, sin haberse desprendido el deudor-propietario, de la posesión de la cosa, de la cual no había dejado de ser su dueño.

La jurisprudencia nacional ha venido aplicando unánimemente, en los últimos nueve años la regla del artículo 481 C.c. en estos casos, exigiendo la tradición de la cosa al adquirente, a pesar de haber sido el embargo posterior a la adquisición, de acuerdo al menos, con los documentos que normalmente se presentan con la tercería; de lo contrario, quien enajena una cosa gravada incurre en estelionato (art. 217-1 C. Pen).

En esta forma, ha tratado de impedir las transmisiones simuladas, ya que no basta ahora comprobar una adquisición, "solo consensu", sino que se requiere, repetimos, la tradición de la cosa al accipiens. No ha exigido su tradición "real", sino que basta con el constituto posesorio. No ha tenido en consideración que, por aplicación extensiva del art. 1065 C.c., habría que determinar si se debe también exigir al adquirente la posesión material de la cosa. Pero, es probable que al variar los supuestos de hecho en una y

otra situación, es decir, por tratar el art. 1065 de la AND y en la especie, el tercerista adquiere "a domino", no se ha planteado esta disyuntiva. Ya expusimos nuestro criterio en ese respecto (supra página 234) y llegamos a la conclusión de que la adquisición con tradición real debe exigirse solo en las AND; si es "a domino", bastará una tradición ficta.

La innovación de la jurisprudencia radica en haber extendido la noción de "tercero" a quienes al momento de la convención, no tenían ningún derecho adquirido en la cosa (y en la especie, que incluso podía no ser en ese momento acreedor, siquiera, del enajenante), derecho que surge a raíz del embargo y no antes. Es esta la posición de la jurisprudencia, que si en estricto criterio, no se adapta al sentido del art. 481, ha servido para reducir notablemente las posibilidades de perjudicar a los acreedores, mediante transmisiones simuladas.

A los ojos de la jurisprudencia, signo indeleble de simulación, es la falta de "traditio" del mueble al adquirente. En este sentido ha resuelto el Tribunal Superior Civil, lo siguiente: "(...) como los bienes estaban en posesión del citado señor (embargado-enajenante) cuando se efectuó la traba, tampoco se puede hablar de tradición en sentido estricto (se refiere a la tradición real). Cuando por todos los signos y características que presenta la venta; cuando

por el acervo de indicios graves y concordantes los Jueces adquieren la convicción profunda de que la tal venta es simulada, no deben hacer lugar a ninguna tercería, porque los actos que no tienen causa y que devienen en ser absolutamente nulos, no general ningún derecho. Amén de que cursar tales incidencias sería cohonestar actos irregulares, obligando a la parte afectada con ellos a promover juicio ordinario, con los consiguientes perjuicios" (193). En relación con la transmisión mediante constituto posesorio ha resuelto este mismo Tribunal lo que exponemos seguidamente: "Quien promueve una tercería excluyente de dominio ha de evidenciar de modo concluyente, que es real propietario del bien que pretende reivindicar por esa vía sumarísima. Las simples apariencias, amparadas a una razón de fecha cierta, no le dan esa calidad, porque el derecho se nutre de realidades y no de ficciones. -Esa ilusión óptica -permítasenos la expresión- no debe sorprender a los Jueces, que están para hacer verdadera justicia y no un remedo de ella-. El traspaso de unos bienes muebles que hace en documento privado el Presidente de una sociedad a otra, de la cual también es su Presidente, acordando que los mismos queden siempre en posesión del transmitente, en calidad de arrendatario, no pasa de ser un vano intento para sustraerlos de la persecución de acreedores, como ocurre en autos. Y no es bueno, aún cuando a ese documento se le haya puesto razón de fecha cierta.

Aparte de lo dicho, debe expresarse que en verdad en _ el caso no se ha operado la tradición de los bienes muebles vendidos y embargados, supuesto que la cláusula mediante la cual el enajenante o vendedor declare, que en lo sucesivo _ tendrá la posesión de la cosa a nombre del adquirente, o _ sea, el convenio posesorio, para que importe tradición propiamente, y perjudique a terceros, es preciso que tal convenio conste en "instrumento público", como lo manda imperativamente el apartado final del artículo 482 del Código civil, y no en un simple documento privado de fecha cierta (194)".

A pesar de no ser técnicamente correcto incluir este _ supuesto en el ámbito del art. 481 C.c., el giro de la jurisprudencia ha sido acertado, desde un punto de vista práctico, a fin de evitar perjuicios a los acreedores y de favorecer a los deudores sin escrúpulos. Como ya bien indicaba una de las sentencias anteriores, la decisión del Juez debe estar fundada en indicios graves, precisos y concordantes y no rechazar a priori la demanda de tercería, si no se ha _ procedido a la tradición de la cosa, lo que muchas veces _ ocurre por motivos justificados, que en última instancia, _ creemos que el adquirente puede demostrar en un juicio ordinario e impedir así, la adquisición de la cosa en una even-

(194) Sentencia Nº 281-1977 del Tribunal Superior Civil. En este sentido también la Nº 358-1971; Nº 116-1972; Nº 896-1973; Nº 464-1974; Nº 672-1974; Nº 966-1975; Nº 537-1976, todas del T.S.C.

tual subasta, dentro de la ejecución (194 bis).

Considerando la posición actual de la jurisprudencia, ofrece interés a nuestra investigación, el conflicto suscitado entre el acreedor embargante y el adquirente, cuando éste es el cónyuge del deudor-embargado, y ambos viven en el mismo hogar. El artículo 34 del Código de Familia establece la obligación de los cónyuges de vivir en un mismo hogar (195). Si se realiza una transmisión de bienes entre ellos, no tienen porqué sufrir ningún desplazamiento, por cuanto el adquirente puede ejercer la posesión del objeto, sin necesidad de que ello ocurra, o sea, no hace falta la "entrega" de la cosa al cónyuge adquirente y tampoco; si el enajenante desea dejarse la posesión inmediata de la cosa, constituir un convenio de posesión, toda vez que el enajenante, sin necesidad de ello, puede también y simultáneamente con el adquirente, ejercer posesión sobre la cosa enajenada.

El régimen patrimonial del matrimonio está regulado por

(194 bis) Mutatis Mutandi, véase que en materia de inmuebles, el Código civil en el art. 455 (v. infra vota 207) permite al adquirente demostrar que la adquisición del inmueble gravado, es cierta y no simulada.

(195) Este artículo dispone que: "Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad, y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar, salvo que motivos de conveniencia o de salud para algunos de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas".

el artículo 40 del Código de Familia, que dispone lo que sigue: "(...) cada cónyuge queda dueño y dispone libremente _ de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros" (196).

Si la ley dispone un régimen de separación de bienes _ (197), en la práctica, esta separación no puede ser total. Exigiendo el artículo 34 citado, una comunidad de vida, ello implica, necesariamente una comunidad de bienes y recursos, (198); la vida en común entraña inevitablemente la confusión de los bienes mobiliarios (199), si no de todos, si de muchos de ellos. En el curso del matrimonio, tanto uno como otro cónyuge adquieren bienes muebles que se integran en _ una masa destinada al uso en común, a fin de dar satisfacción a las necesidades familiares y que hacen más agradable la vida en familia.

Como en su momento expusimos, las transmisiones mobi--

(196) A menos que conforme al art. 37 del Código de Familia, se hayan pactado capitulaciones.

(197) En este sentido la sentencia de Casación de las 9.35 _ hrs. del 21 de marzo de 1941, resolvió que: "Según nuestra legislación la formación del lazo matrimonial, en cuanto al régimen económico, no crea una entidad distinta de la persona de los cónyuges sobre la cual pese la obligación de pagar las deudas por ellos contraídas nuestro sistema de completa independencia de patrimonios (...) es adverso al criterio de comunidad de las deudas contraídas por uno de los esposos (...)".

(198) Cfr. MAZEAUD. Lecciones. Parte Primera-IV, p. 55

(199) Cfr. CARBONNIER, supra nota 13 (Cap.I) I-2 p.116; MAZEAUD, Lecciones Parte Primera-IV, p.55; LEHMANN, Tra--
tado de Derecho Civil (Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1955) IV, p. 113.

liarias se realizan por lo normal sin mayores formalidades, es entonces difícil determinar hasta dónde se extiende el _ derecho de cada cónyuge (200), con la consiguiente incertidumbre para los acreedores de uno de ellos, al no poder distinguir cuales bienes son de su deudor y cuáles no. Cuando procede prácticamente "a ciegas", sin saber a ciencia cierta si pertenecen o no a su deudor. En esta hipótesis lo normal, es que los acreedores se acojan a la presunción de dominio que deriva de la posesión que sobre los bienes del _ ajuar doméstico, ejerce el cónyuge deudor y proceder entonces a embargarlos. ¿Es correcta esta posición?. Aplicar la presunción de dominio en este caso, respecto a uno solo de los "cónyuges", sería inapropiado, toda vez que el otro cónyuge, también está en posesión de los bienes comunes del hogar. Lo procedente es presumir una copropiedad, al estar en presencia de una coposesión (201).

(200) En el Derecho francés esta confusión de bienes, llegado el momento de la disolución de la comunidad de bienes, ha obligado a establecer ciertas presunciones de propiedad, en virtud de las cuales, se presume, por ejemplo, que las alhajas son de la mujer y la biblioteca y los valores contenidos en tal cofre son del marido. Sobre el tema véase a MAZEAUD, Parte Primera-IV p.71. Señala CARBONNIER, supra nota 13 (Cap.I) I-2,p. 116, que se acostumbra incluir estas presunciones en los contratos matrimoniales oponibles a los acreedores.

También en el Derecho alemán, se establecen presunciones iuris tantum, a fin de superar la confusión de patrimonios. Señala LEHMANN, ob. cit. p.113 que el Derecho romano conocía ya tales presunciones (Presunción Muciana, D.24,1,I,51); se presumía, salvo prueba en contrario, que los objetos que se encontraban en poder de la mujer procedían de donaciones del marido y siendo nulas las donaciones entre cónyuges, pertenecían al marido. Este principio, se ha convertido en Alemania en derecho común y se acogió en el BGB (Nº 1362).

(201) En la doctrina alemana, indica WOLFF, supra nota 24 _

Pero si el régimen legal es de separación de bienes, _ sin perjuicio de esta coposesión, se entiende a pesar de to do, que los bienes muebles del hogar pertenecen a uno de los cónyuges, a ambos, o parte a uno y parte al otro.

Si los bienes embargados al cónyuge deudor no eran de su pertenencia, el cónyuge perjudicado, está en su derecho, si los pretende excluir del embargo, ya sea demostrando haber adquirido de un tercero, caso que estaría fuera del cam po de aplicación del art. 481, o bien, probando haber adqui rido el bien mueble del propio deudor, situación a que inte resa referirnos.

Realizada la transmisión de la cosa de un cónyuge al _ otro, dijimos, que aquella no es objeto de un desplazamien to: el cónyuge deudor sigue en su posesión que ha sido pre cisamente la que ha dado pie al embargo al presumirse su _ propiedad sobre ella.

La posesión del cónyuge enajenante con respecto a la _ cosa enajenada, parece coincidir con la de quien fuera me-- diador posesorio; transmitió la propiedad de la cosa, pero se mantuvo en su posesión, como cuando existe un constituto posesorio; ¿debe entonces exigirse el instrumento público a que se refiere el art. 482 C.c., para la eficacia de este _

(cont. de la pág. anterior)

(Cap.I) III-3, p. 458, ha ido ganando terreno la teo ría que considera que respecto al ajuar doméstico, _ usado en común, existe una coposesión de ambos cónyu ges, siempre que especiales circunstancias de hecho _ no impongan posesión exclusiva o mediación posesoria.

tipo de pactos? Evidentemente, la situación no puede plantearse en estos términos: el cónyuge adquirente se encontraba antes y después de la transmisión, en posesión material de la cosa, lo mismo el enajenante, por imponerlo así la vida de hogar. Ahora, si un cónyuge enajena al otro bienes que se encuentran en posesión conjunta solo cabe pensar que lo hizo porque le pertenecían y si luego son embargados como propios del enajenante, debemos cuestionarnos, si a pesar de no llegar las partes a un constituto posesorio, ni sufrir la cosa ningún desplazamiento, que haga suponer al acreedor un cambio de propiedad, la adquisición es eficaz, respecto a este último, o no lo es, ya que aplicando el artículo 481, como lo hace la jurisprudencia en materia de tercerías, debió verificarse la tradición de la cosa.

La única conclusión racional a que podemos arribar, es admitir, que en este caso, no tiene sentido exigir, ni la entrega de la cosa al adquirente, ni establecer el constituto posesorio, siendo la transmisión eficaz con el solo consentimiento frente al tercero, que en todo caso no es tal tercero, como hemos visto, si no tan solo en un sentido formal, por lo que no se estaría forzando la norma según la cual, el solo consentimiento hace adquirir el derecho inter partes y no respecto a terceros, respecto a los cuales solo se adquiere en las condiciones expuestas en el art. 481.

La jurisprudencia nacional ha tenido oportunidad de re-

solver conflictos de esta naturaleza, y lo ha hecho en la siguiente forma: "Que en esta tercería, como se ha tenido por demostrado, se embargaron en el juicio principal en la casa de habitación del coejecutado (...), unos muebles que éste había traspasado antes del secuestro o práctica del embargo a su cónyuge la tercerista (...), en escritura pública (...) concretamente dos lámparas de mesa; etc (...) y ciertamente al practicarse el embargo sobre tales bienes muebles, a — quien se nombró depositario de los mismos fue al transmitente señor (...), pero implica esto que el vendedor (...) conservaba la posesión de tales muebles empece haberlos vendido y no hubo entonces tradición de los mismos a la compradora (...), aplicando en el caso las normas legales, el principio general de derecho de que la posesión vale por título (en el sentido de presunción legal de propiedad del cónyuge embargado: art. 854 C.c.) y las doctrinas (...) ya expuestas, ¿cabe desestimar esta tercería excluyente de dominio?. En criterio del Tribunal no, porque si el vendedor (...) y la compradora (...) de los bienes muebles referidos, son — cónyuges y viven en un mismo hogar, conforme lo manda el artículo 73 del Código Civil (actual art. 34 del Código de Familia) y sucede así efectivamente (...) no puede afirmarse que el vendedor (...) continuará en la posesión de los muebles y que no la tenga la compradora señora (...), por el — hecho simple de que a aquél se le designará depositario ju-

dicial al practicarse el embargo, porque fue en la casa que es asiento de hogar donde conviven los esposos (...), sea _ el vendedor y la compradora, que se secuestraron aquellos _ muebles que el marido traspasó a la esposa y de todo esto _ se concluye que la compradora y tercerista (...) si está en posesión de los muebles por ella adquiridos y hubo efectiva tradición de los mismos, resultando entonces efectivo y válido en perjuicio de terceros como el ejecutante (...), el convenio en escritura pública de fecha anterior a la data _ del secuestro o práctica del embargo, mediante el cual el _ señor (...) traspasó a (...) los bienes que, de esa manera se secuestraron en el juicio principal cuando ya no formaban parte del patrimonio embargable del deudor (...), por _ lo que la tercería en estudio es de recibo y debe disponerse la exclusión de tales bienes del embargo (...) (202).

Sostiene esta sentencia, que la tradición de la cosa _ se efectuó, y una tradición "real", cuando dice que: "(...) no puede afirmarse que el vendedor (...) continuara en la _ posesión de los muebles (...)", en lo cual no podemos estar de acuerdo. La tradición real es un acto efectivo y no se _ puede sobreentender; el enajenante debe desprenderse para _ ello de la cosa y lo cierto es que en la especie, no es posible entenderlo de esta forma, por seguir el enajenante en posesión de la cosa, aún cuando no pueda ser a título de _ dueño; de no haber sido así, no habría habido lugar al em--

(202) Sentencia del Tribunal Superior Civil, N° 686-1973.

bargo, sobre bienes que el deudor "no" poseía.

Desde el momento en que un cónyuge demuestre mediante documento auténtico, su propiedad sobre determinados bienes del ajuar doméstico, la confusión de titularidades sobre ellos desaparece. No podríamos decir lo mismo en lo que concierne a su posesión, toda vez que los bienes siguen siendo utilizados en forma común, es decir, persiste la coposesión. La transmisión de la propiedad de una cosa de un cónyuge al otro, no interrumpe, como regla (si se trata de bienes muebles del ajuar doméstico), la posesión que ejercía el enajenante, aunque si modifica el carácter en que la ejercía.

Es otra la situación, si el embargo ha recaído sobre bienes gananciales. La comunidad de bienes surge desde el momento en que se ponga fin al matrimonio, se dicte la separación judicial o se celebren capitulaciones después de las nupcias (203); es lo que se denomina: "Régimen de participación diferida en los bienes gananciales".

Si los bienes que son gananciales son embargados por el acreedor de uno de los ex-cónyuges (si es el caso de disolución del vínculo), o son enajenadas por éste último, el adquirente, bien del cónyuge o quien adquiere en la subasta judicial en el primer caso, son a non domino en la parte correspondiente al otro ex-cónyuge, si ha cumplido con los requisitos del art. 481 C.c., y si el interesado no gestionó

(203) Cfr. art. 41 del Código de Familia y las sentencias de Casación n° 39-1965 y n° 52-1965.

en su momento oportuno, el reconocimiento de su derecho.

Si la ejecución y consiguiente embargo, es anterior a que se establezca el régimen de gananciales, el cónyuge no ejecutado, carece de legitimación para reclamar un derecho sobre los bienes del otro cónyuge que han sido embargados, pues conforme al art. 40 del Código de Familia, antes citado, el último continua siendo el propietario de los bienes, y ellos responden por el pago de sus deudas (art. 981 C.c.)

Si el cónyuge tiene una expectativa de derecho a los gananciales más o menos consolidada, parece entonces que asumiría la posición del "tercero" mencionado en el artículo 481 C.c., en caso de la adquisición de un tercero de buena fe. Esto ocurriría por ejemplo, si se ha planteado la demanda de separación judicial o la de divorcio, casos en los cuales creemos admisible la gestión tendiente a impedir que la venta de los bienes embargados en la ejecución entablada por el acreedor de un cónyuge, se realice libre de gravámenes. A falta de esta gestión, el adjudicatario de buena fe se podrá acoger al art. 481 C.c.

Ahora bien, si el tercerista -adquirente del deudor embargado- reclama la propiedad de un vehículo automotor, que no le había sido entregado por el enajenante, el artículo 481 C.c., no encuentra aplicación, al ser la transmisión de titularidades sobre este tipo de bienes, sujeta a publicidad registral; si el vehículo se encontraba en el respecti-

vo Registro a nombre del deudor, sin que hubiera ningún documento presentado, que acreditara el cambio de titularidad, __ prevalece la transmisión sobre el embargo posterior a ella y anotado al margen de la inscripción registral, sólo si el __ título de transmisión se presenta en los tres meses siguientes a su constitución (art. 455 C.c.) al Registro.

Mediante la Ley de Tránsito derogada, bastaba con que el tercerista demostrara una adquisición mediante "carta-venta", con razón notarial de fecha cierta anterior al embargo, para levantarlo (204). Con la nueva Ley de Tránsito (205), se estableció otra regulación, más acorde con los __ fines que debe tener la publicidad registral. En este sentido, para que la transmisión afectara a terceros, se exigió, que el documento en que constara, debía al menos estar presentado al Registro (206), con lo cual el régimen de estos

(204) Relación de los arts. 13, 14 infine y 18, Ley de Tránsito N° 63, 26 mar. 1935 (derog. Ley N° 5930, 27 oct. 1976) y 493-III- del CPC. Véase también en este sentido la Ley del Registro de Vehículos, N° 2586, 21 jun. 1960 (derog. Ley n° 5930, 27 oct. 1976) art. 4-II.

(205) Ley de Tránsito N° 5930, 27 oct. 1976.

(206) La nueva Ley de Tránsito dispone en su artículo 12 __ que: "Son títulos sujetos a inscripción en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos motorizados, los siguientes: (...) b) Las cartas ventas del vehículo de acuerdo con las disposiciones del artículo 16 __ de esta ley (...) (que exige una razón de fecha cierta de la data de la transmisión). En su apartado segundo se lee que: "Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos en el Registro (...), no perjudicarán a terceros sino desde la fecha de su presentación en el Registro, siendo aplicable todo lo dispuesto en el artículo 455 del Código Civil". El artículo 13 ibid, obliga a presentar al Registro la carta-venta, dentro de los tres meses siguientes a la fecha __ del traspaso para que pueda afectar a terceros.

bienes se asimila al de los inmuebles. Tanto así, que por _
disposición expresa de la nueva ley (art. 12), son aplica--
bles las disposiciones relativas a la inscripción de inmue-
bles (207).

8.- El segundo o sucesivos adquirentes del vendedor de
una misma cosa mueble, que antes la había enajenado a un _
tercero, son adquirentes "a non domino", pues la primera _
enajenación se encuentra regulada por el artículo 480 del _
Código civil, cuando dispone que: "La propiedad de muebles,
(...) se transmite con relación a las partes por el solo he
cho del convenio que tenga por objeto transmitirla, indepen
dientemente (...) de la tradición". Respecto a terceros ri-
ge, bien sabemos, el art. 481, pero frente al primer adqui-
rente los sucesivos adquirentes de la misma cosa, no son _
terceros calificados en el sentido que lo requiere el art._
481, toda vez que el convenio de transmisión del primer ad-

(207) El art. 455 C.c., aplicable por remisión del art. 12,
de la Ley de Tránsito dispone lo siguiente: "Los títu
los sujetos a inscripción que no estén inscritos no _
perjudican a terceros, sino desde la fecha de su pre-
sentación al Registro. Se considerará como tercero a
aquel que no ha sido parte en el acto o contrato a _
que se refiere la inscripción (...). Si la escritura
pública (en el caso, la "carta-venta") fuere presenta
da al Registro después de tres meses de otorgamiento
y existiere ya una anotación de embargo, o de secues-
tro, estas prevalecerán sobre aquella, a menos que la
persona que derive su derecho de la escritura logre _
demostrar en juicio ordinario contra el anotante, que
su derecho es cierto y no simulado, juicio que deberá
presentar dentro de los tres meses siguientes a la pre
sentación de la escritura (...)"

quirente, se realizó sin perjuicio de otros adquirentes, por lo que, inversamente, debemos decir lo contrario, en relación con los sucesivos adquirente y su posición con el primero; los sucesivos adquirentes sí adquieren con perjuicio del primero, quien es entonces un tercero calificado, siempre y cuando cumplan los requisitos de ley.

En el artículo 480 supra citado, se consagró al principio de transmisión de la propiedad "solo consensu", heredado del Derecho francés (arts. 711 y 1138 del Code). En el Código Napoleón este conflicto se encuentra expresamente regulado en el art. 1141, pero se considera una aplicación del mencionado art. 2279 *ibid* (208).

(208) Cfr. MARTY & RAYNAUD, supra nota 5 (Cap.I) p. 383; RIPPET y BOULANGER, supra nota 9 (Cap.I), p. 988; MAZEAUD Parte III-3; SALEILLES, supra nota 7 (Cap.I), p. 142, quien se refiere al conflicto entre "causahabientes paralelos" (ob. cit., p. 155), en contraposición al conflicto entre "causahabientes sucesivos". En situación análoga al Derecho francés, se encuentra regulada la figura de la dobleventa en el Derecho italiano (en donde se admite la adquisición "solo consensu": art. 1378 CCI) pues se ha contemplado también en una norma independiente del principio general contemplado en el art. 1153 CCI, concretamente en el art. 1155 *ibid*. lo que no es óbice para que la doctrina lo haya considerado como una derivación de la regla general. Son de esta opinión, MENGONI, *Gli acquisti*, págs. 14-15; MONTEL, supra nota (Cap.I), págs. 362-363; SACCO, supra nota 75 (Cap.I), págs. 130-131; GENTILE, supra nota 75 (Cap.I), p. 195. Opina distinto NESSINEO, F., Sulla natura del acquisto di bene mobile ex-art. 1155 Cod. civ. en *Studi in onore di Antonio Cicu* (Giuffrè, Milano, 1951) I-p, 528, para quien la adquisición del segundo o sucesivos adquirentes es "a domino".

Respecto al art. 464 CCE., que recoge como hemos visto, la máxima francesa, y el art. 1473 *ibid*., que regula la dobleventa, la situación es distinta. Téngase presente que, tratándose de la transmisión de bienes

La dobleventa se regula en nuestro Código civil, bien por el artículo 481 (209), como por el artículo 1065 de di-

(cont. de pág. anterior).

en la legislación española rige el principio del "título y el modo" (arts. 609 y 1095 CCE) y no basta el solo convenio para que opere; se exige además la tradición de la cosa. El art. 1473 CCE., señala que el adquirente que adquiriera la posesión de la cosa se convierte en su propietario, por cuanto es ese un requisito indispensable para la transmisión del dominio y no simplemente de eficacia, como en nuestra legislación. Quien ha contratado con el vendedor, sin recibir la posesión de la cosa, tiene un derecho personal a exigir la entrega de la misma y no un derecho real sobre ella. Por este motivo el segundo o sucesivos adquirentes no son "a non domino", sino "a domino". Véase en particular a ESPIN, D. La transmisión de los derechos reales en el CC español publicado en la revista de Derecho Privado de junio de 1945, p. 350 y ss.

(209) Véase en este sentido la sentencia de Casación Nº 52 1952, Suscita algunas dudas incluir la figura de la dobleventa en el contexto del artículo 481. Concretamente no se adecúa con el modus operandi de las excepciones a la irreivindicabilidad, en caso de sustracción y pérdida de la cosa. Si se puede reivindicar la cosa en esas hipótesis, se debe a que subsiste el derecho de propiedad del desposeído. Al ser el art. 481 una regla de terceros, se comprende que la reivindicación debe ser en relación de un tercero con el otro, como lo son el desposeído y el adquirente de buena fe. La reivindicación, en estas hipótesis, no encaja en la figura de la doble venta, pues el afectado con la adquisición del tercero, no está en posibilidad de ejercer estas acciones, no sólo porque respecto al tercer adquirente no ha adquirido la propiedad de la cosa, sino porque de haber sustracción o pérdida, no podría tratarse entonces de una dobleventa, pues no se verificarían ventas paralelas, sino sucesivas, por enajenantes distintos. Y si fue sustraída al comprador que entró en posesión de ella o perdida por él, es el mismo quien está legitimado para reclamarla. La única solución es aplicar en la especie, únicamente la primera parte del artículo 481, con exclusión del resto. El art. 1065, se muestra más funcional en este sentido. A estos matices se debe quizás, el que en otras legislaciones la dobleventa se regule en una norma independiente. Es interesante la observación que

cho cuerpo legal (210). El primero de ellos, redactado en _
términos más amplios, regula también las enajenaciones para
lelas, distintas de la compra-venta, así como también, por
analogía, el conflicto entre adquirentes paralelos de dere-
chos reales limitados, sobre el mismo mueble, siempre y _
cuando no se encuentre sujeto a inscripción registral. En _
términos generales, como señala Albaladejo (211), la plura-
lidad de actos sobre una misma cosa, admite muchas varian--

(cont. de la pág. anterior).

al respecto hace MENGONI, Gli acquisti, p. 14: "(...) seè obiettato che l'origine storica della norma (art. 1155 CCI) è indipendente dal processo di formazione _
della regola "possession vaut titre": essa proviene da-
lla tradizione romanistica, nell'ambito della quale _
fu formulata da Pothier sulla base di un testo del co-
dice giustiniano (C.3,32,15) e con l'aggiunta del re-
quisito della buona fede, da intendersi, nel sistema
in cui operava Pothier, con riferimento non alla ri--
vendica, bensì all'azione publiciana oppure all'azio-
ne revocatoria (pauliana), esperibile dal primo acqui-
rente, in qualità di creditore dell'alienante, contro
l'acquirente posteriore che avesse ricevuto la conse-
gna consensu prioris venditionis. (...). Si può aggiun-
gere, con riguardo agli ordinamenti attuali, che la _
norma si trova pure nel diritto inglese (...), il qua-
le, come i diritti francese e italiano, accoglie il _
principio consensulistico (...), ma non conosce una _
norma corrispondente al nostro art. 1153.

Tutto ciò è vero (...), l'art. 1155 (Dobleventa) _
rappresenta un residuo del sistema della traditio: pri-
vata dell'ufficio costitutivo del trasferimento della
proprietà, che aveva in quel sistema, la consegna con-
serva, in materia mobiliaria, la funzione di rendere
opponibile l'acquisto ai precedenti aventi causa del
medesimo autore (...). Por lo anterior se comprende
el porqué la figura de la dobleventa, no se adapta _
plenamente a las regulaciones del art. 481.

(210) Ejemplos particulares de dobleventa, tomados de MOLINA, A., La dobleventa a través de la jurisprudencia _
(Montecorvo, Madrid, 1975) p. 315 son: la dobleventa
judicial y la venta realizada por el mandatario de _
una cosa vendida antes por el mandante.

(211) ALBALADEJO, Derecho civil, II-2, p. 80.

tes; pueden constituirse paralelamente varios usufructos u otros derechos reales limitados, o bien, se enajena una cosa y paralelamente se constituyen usufructo, u otro derecho real limitado, a favor de un tercero, en la cosa ya enajenada.

Por argumento "maius ad minus", es posible resolver los conflictos entre adquirentes paralelos de derechos reales limitados, mediante el art. 481, que dispone la forma en que se adquiere la propiedad de un mueble respecto a un tercero, en el caso, adquirente paralelo, lo que implica que si la cosa se adquiere en su perjuicio, así también se podría adquirir un derecho real inferior. En el caso concreto del usufructo y uso, el conflicto entre los distintos interesados, se resuelve por el art. 481, no solo por el razonamiento anterior, sino además por un reenvío legal, de acuerdo con lo que indicamos seguidamente.

Observemos en primer lugar, que el artículo 335 del Código Civil dispone que: "Por cualquiera de los modos porque se adquiere el dominio de los bienes puede adquirirse derecho de usufructo sobre ellos; pero el usufructo de bienes muebles o de una colectividad comprensiva de bienes muebles e inmuebles sólo podrá constituirse por testamento, y una vez constituido así, es transmisible como el usufructo de bienes inmuebles".

En lo concerniente al uso, el artículo anterior es de

aplicación por el reenvío que hace el 366 C.c., al decir: _
"Cuando en vez del usufructo completo, correspondía a una _
persona el uso de la cosa o habitación del edificio, en fal_
ta de definición del título, ese derecho se regirá por las
reglas del usufructo (...)".

Debemos excluir en esta materia la aplicación del art.
336 ibid, cuando dispone que: "Es prohibido constituir el _
usufructo a favor de dos o más persona para que lo gocen al_
ternativamente o sucesivamente". En la hipótesis en estudio
no se trata de adquirentes sucesivos o alternativos del de-
recho, sino de quienes se excluyen entre sí; uno a costa _
del otro.

Cuando el art. 335 citado, dispone que el usufructo de
bienes muebles, una vez constituido por testamento, es trans-
misible como el usufructo de inmuebles, y éste, conforme se
ñala el mismo artículo 335 citado, se adquiere por cualquie_
ra de los modos por los cuales se adquiere el dominio sobre
los bienes en general, consiguientemente, se puede adquirir
el usufructo o el uso, en relación con un adquirente parale_
lo de otro derecho real, por la tradición hecha en virtud _
de un título hábil, toda vez que así también se adquiere el
dominio sobre los bienes, en este caso, muebles.

Si los derechos en colisión, son uno de propiedad y un
derecho de usufructo o uso, la cosa pasará al nuevo propie-
tario, gravada con estos derechos, si sus titulares adqui--

rieron la cosa por tradición hecha en virtud de un título _
hábil y de buena fe.

Si no tuvo lugar la tradición de la cosa, prevalecerá la adquisición de fecha anterior. Se protege a quien haya _
entrado en posesión material de la cosa y no a quien tenga solo la inmaterial, por exigirlo así las circunstancias, de acuerdo con lo que diremos más adelante.

Observemos que en materia de doble o múltiples constitución de derechos reales limitados sobre una misma cosa, _
los distintos adquirentes son "a domino"; podría entonces _
parecer, que el adquirente (en propiedad) de una cosa, sobre la cual el enajenante había constituido paralelamente _
un gravamen, la adquiere gravada, por adquirir a título derivativo y no originario. Pero no es así, a menos que la _
cosa se hubiere entregado al adquirente del derecho inferior. Se trata de adquirentes paralelos de sus respectivos derechos, y se adquirirá primero por aquél que recibe antes la posesión material de la cosa. Y aún cuando fueren adquirentes sucesivos y no paralelos, si se había constituido y consolidado primero un derecho real limitado en la cosa, la sucesiva enajenación de la misma por parte de su propietario, destruye el gravamen anterior, si el adquirente cumple los requisitos del art. 481, porque a pesar de ser una adquisición derivativa, así lo dispone ese artículo. Ya hemos hecho referencia a esto cuando comentamos la aplicación del _

art. 481 en el ámbito de las adquisiciones "a domino". Podemos agregar, que si se puede adquirir el derecho de propiedad en un bien mueble, con perjuicio del anterior propietario, a fortiori, se puede adquirir el dominio en detrimento de terceros con derechos limitados de la cosa, salvo que recibieran publicidad idónea para que fueran conocidos o debieran haber sido conocidos por el adquirente. El art. 481 no distingue entre adquisiciones derivadas y originarias; la eficacia de la adquisición es en relación con cualquier tercero.

¿Se encuentra regulada por el artículo 481, la constitución paralela del derecho de prenda sobre una misma cosa, y de un mismo grado?

Debemos primero distinguir, si se trata de la constitución de prenda con desplazamiento de posesión de la cosa, o sin el mismo.

En el primer caso, si el mueble, sin haber sido entregado al primer acreedor, es entregado en prenda a otro acreedor, estimamos que quien adquiere el derecho de prenda es este último y no el otro. ¿Se encuentra implícita esta solución en el art. 481 C.c.? Creemos que no es así. La prenda es un contrato real; solo con la entrega se adquiere el derecho sobre la cosa. El primer acreedor, no poseedor, no había adquirido ningún derecho sobre ella, lo que hace extraña al art. 481, la solución de este conflicto.

Si se constituye un primer derecho de prenda sin desplazamiento de posesión de la cosa empeñada y previo a su inscripción en el Registro correspondiente, el constituyente, nuevamente empeña la cosa, con desplazamiento de posesión y el mueble se entrega en el acto al acreedor. ¿Cual de los dos derechos prevalece? Obsérvese que el último acreedor pignoraticio, no tenía medios de conocer si los bienes se encontraban gravados, por carecer de publicidad el primer gravamen.

Para todo efecto, conforme al artículo 542 del Código de Comercio, el derecho del acreedor con prenda sin desplazamiento de posesión, no perjudica a terceros de buena fe, sino a partir de la presentación del documento acreditativo de su título, en el Registro General de Prendas. El acreedor con derecho de prenda con desplazamiento de posesión de la cosa, es un tercero y no pueda ser perjudicado por la presentación, en el Registro supra indicado, del título del otro acreedor si esa presentación tiene lugar posteriormente a la constitución de la prenda con desplazamiento de posesión. De todo esto resulta que el artículo 481 es también inaplicable en la especie. Lo mismo decimos, si se trata de constitución paralela de prendas sin desplazamiento; priva entonces el principio de inscripción (o concretamente, de "presentación": art. 542 C. Com.)

Si se trata de doble o múltiple enajenación de vehícu

los automotor, al igual que en cualquier otro tipo de bienes registrables, rige el principio de inscripción o presentación del documento respectivo al Registro que corresponda. Deviene inaplicable el art. 481, así como el 1065 C.c.

La protección a la segunda o sucesiva adquisición, se funda en la confianza en la apariencia de titularidad del enajenante, respaldada por la inscripción registral y en la fe pública que dimana del Registro, y en la sucesiva inscripción del accipiens (212).

Se ha estimado que en estos casos, el enajenante en la segunda enajenación (o sucesivas), no es en estricto sentido un "non dominus". La adquisición es "a domino", al menos desde un punto de vista formal, debido a que el enajenante, conforme al Registro, seguía siendo propietario y por consiguiente sigue teniendo, de hecho, facultades de disposición. Ciertamente, al realizar el vendedor la segunda venta, si es el caso de este negocio, dispone de una cosa ajena (art. 480, 1049 y 1054 C.c.), pero ambos adquirentes se encuentran previstos de un título válido y el conflicto entre

(212) Mientras no se verifique la inscripción (o de acuerdo con nuestro derecho, mientras no se presente el título al Registro), se sostiene en doctrina, que existe una "ineficacia relativa" del derecho adquirido. Véase en este sentido a FUNAIOLI, C., La Cossidetta proprietà relativa en Studi in onore di Antonio Cicu (Giuffrè, Milano, 1951) I-p. 384, quien sostiene además que: "La relativa inefficacia dei diritti dei vari acquirenti prima della trascrizione scaturisce per tanto da ciò, che tutti possono allo stesso modo trascrivere in qualsiasi momento, e, se ciò avviene, la priorità della trascrizione decide dell'efficacia tra i singoli acquirenti".

ellos, se resolverá, no en base a los convenios, sino con _ referencia a la publicidad de la adquisición (213), es decir, en favor de quien de buena fe presente primero su título al Registro.

Tanto en la hipótesis de múltiple enajenación de un _ mueble registrado, como de uno no registrable, el segundo o sucesivos adquirentes paralelos, son "a non domino", solo _ formalmente pueden ser considerados "a domino". Al realizarse la primera enajenación, la cosa se encontraba libre de _ cualquier derecho o gravamen a favor de terceros, con lo _ cual fue eficaz respecto a cualquier tercero que, posteriormente a la adquisición, creyera que el titular aparente, continuaba siendo propietario y procede a adquirir un derecho en la cosa. En consecuencia, el último adquirente, si inscribe su título de buena fe, adquiere a título originario y no derivado (214), extinguiéndose los gravámenes a favor de

(213) Cfr. MENGONI, Gli acquisti, págs. 8-9. Ha sido muy discutido si en estas circunstancias la adquisición es "a non domino" o "a domino". En el primer caso se estima que por la primera adquisición el vendedor dejó de ser dueño. La protección al adquirente sucesivo, que inscribe su título, se justifica en vista de la legitimación aparente del titular inscrito. Quienes sostienen la segunda teoría opinan, con distintos matices, que la segunda transmisión inscrita opera una reversión de la propiedad al transmitente, que nuevamente dueño; puede transmitirse el dominio en la segunda transmisión; la fuerza de la reversión, resolverá la anterior transmisión no inscrita. Para todo véase a ESPIN, supra nota 119, págs. 139-140.

(214) El tema es discutible. Hay quienes opinan que se trata de una adquisición derivada. Véase en este sentido a FUNAIOLI, supra nota 212, p. 396, MESSINEO, supra nota 208 págs. 526, 528, 534, GENTILE, F. Il possesso e il diritto civile (Jovene, Napoli, 1956) págs. 246-47.

terceros, que ignoraba sin culpa grave.

En síntesis, para los muebles registrables, rige el principio de la presentación o inscripción del título en el Registro, según disponga el reglamento correspondiente, y para los que no lo sean, el principio de la tradición con título hábil y buena fe (art. 481 y 1065 ibid). Es apenas el caso indicar que la buena fe se exige al segundo o sucesivo adquirente.

Si la cosa no fue entregada a ninguno de los dos o sucesivos adquirentes, se preferirá a quien fue primero en orden al tiempo (215). En este caso, como el contrato de venta puede ser antedatado, surge la necesidad de exigir una razón notarial de fecha cierta (art. 742 C.c.) (216).

(215) Este criterio ha sido sostenido también por la jurisprudencia italiana. Véase la sentencia App. Torino, de 21 mar. 1955, en Foro pad., 1955, I, 460; Mon. Trib. 1955, 188. El Cc. mexicano, que no acoge la AND, prevee en su artículo 2265, el procedimiento inverso, disponiendo que: "Si la cosa vendida fuera mueble, prevalecerá la hecha al que se halle en posesión de la cosa".

(216) Es justo admitir en ciertos casos, pruebas distintas de la documental, a falta de ella. En este sentido sostiene MONTEL, supra nota 24 (Cap.I), p. 366, que tal cosa se impone en vista de que el transferimiento de derechos en muebles, no postula (en principio) ninguna exigencia de forma. Favorable a esta posición es también ALBALADEJO, Derecho civil, II-2, p. 84. Tratóndose de prueba testimonial, dados los estrechos márgenes que establece para su admisión el art. 752 C.c. (para probar actos o convenios hasta \$ 250.00), no prestará mayor utilidad. Si en el conflicto se involucra un comerciante, los convenios que no excedan de mil colones podrán probarse mediante testigos (art. 431-f C.Com). Por el reenvío legal del art. 2 del C.Com., al Código civil, en aquellas materias para las cuales no tenga norma que las regule, son aplicables en ese conflicto, los arts. 481 y 1065 C.c.

En materia de doble o múltiple enajenación de una misma cosa mueble no registrable, se hace necesario exigir al adquirente la posesión material de la cosa, para que se encuentre protegido. De no ser así, conforme lo expusimos en supra página 125 se haría nugatoria la aplicación de los arts. 481 y 1065; el criterio para resolver el conflicto entre los adquirentes estaría en función de las fechas de las transmisiones, protegiéndose a la más antigua ("Prior in tempore, potior in jure"). No se protege a quien adquiere una posesión mediata, sino a quien tiene la inmediata, que se encuentra además, en una posición más firme que la de quien no la tiene.

Por último, creemos posible aplicar por analogía, la regla del art. 481, para resolver el conflicto entre adquirentes paralelos de un derecho personal de goce sobre una misma cosa mueble; adquiere ese derecho quien es el primero en poseer la cosa, mediante un título hábil para constituirlo y si era segundo o sucesivo adquirente, si fue además de buena fe.

9.- La AND no se limita a la adquisición del derecho de propiedad: señalamos en supra página 27, que se admite también en relación con derechos reales de inferior categoría, como lo son el usufructo, el uso y el derecho de prenda. Y es lógico que si se puede adquirir "a non domino" un derecho del calibre del de propiedad, con mayor razón un de

recho real limitado (217).

A nivel de Derecho comparado, la AND de derechos reales limitados, se admite expresamente en varios textos legales, v.g. en los párrafos 1032 y 1027 del BGB, en el artículo 1153 del Código civil italiano y en el art. 933 del Código civil suizo. En la doctrina francesa se admite por aplicación extensiva del art. 2279 CCF (218). Siguiendo la interpretación germanista del artículo 454 del Código civil español, se considera también posible (219).

A) En lo que concierne a nuestro Derecho, demostramos en páginas atrás, la posibilidad de constituir un usufructo o uso, cuando paralelamente se acordó lo mismo con un tercero (V. supra págs. 255-56.). Siguiendo la misma explicación entonces dada para solucionar el conflicto de intereses entre los distintos adquirentes, se puede dar entrada a la AND del usufructo y del uso, aunque limitada a que anteriormente se haya constituido por testamento, al tenor del artículo 335 C.c. En otras palabras, si el usufructo sobre muebles, una vez constituido por testamento, se puede consti--

(217) Cfr. PENA, supra nota 32 (Cap.I), p. 495.

(218) Son de esta opinión: COLIN y CAPITANT, Curso V-p; PLANIOL y RIPERT, supra nota 8 (Cap.I), p. 333, con amplia referencia jurisprudencial; MAZEAUD, supra nota 12 (Cap.I) p. 245.

(219) Cfr. ALBALADEJO, supra nota 75 (Cap.I), p. 99; HERNANDEZ GIL, supra nota 32 (Cap.I), p. 431; PENA, supra nota 32 (Cap.I), p. 742 y ss; GARCIA VALDECASAS, supra nota 33, p. 60. Véase también supra nota 60.

tuir por los mismos medios por los cuales se adquiere el dominio sobre los bienes, éste puede adquirirse "a non domino" así también el usufructo y el uso, este último por el reenvío del art. 366 C.c. Si se trata de la cesión de un aparente derecho de usufructo o uso el art. 335 C.c., no es aplicable; será directamente el art. 481, el que se aplique por analogía.

Correlativamente, subsiste el derecho a reivindicar la cosa, en todos aquellos casos de desposesión voluntaria de un poseedor anterior y en general, en todas aquellas situaciones en que hay motivos para reclamar la cosa adquirida "a non domino" por un tercero (220).

Si existen gravámenes anteriores sobre la cosa, ¿los afecta la AND de un usufructo o uso sobre la misma?

Por argumento "maius ad minus", si el adquirente "a non domino" de un derecho limitado, lo adquiere con perjuicio del propietario de la cosa, a fortiori, también frente a quien tenga solo un gravamen en ella, a menos que el adquirente lo conociera o debiera conocerlo. V.g., si antes de la AND del derecho real limitado, se había constituido una prenda e inscrito el título del acreedor en el Registro de la materia, la posterior adquisición de un tercero del

(220) Obviamente, como ha señalado VALLET, supra nota 64 (Cap.I), p. 495, si la sustracción o el extravío de la cosa es oponible a quien adquiere a non domino el derecho de propiedad, con mayor razón al adquirente de un derecho real limitado.

usufructo o uso en la cosa, no impide que la venta "judicial" si la hay, se realice libre de gravámenes, pues como quiera que sea, no se puede desconocer la publicidad que recibe el gravamen mediante la inscripción (o presentación en el Registro de Prendas) del título del acreedor pignoraticio. Lo que nos lleva a decir lo contrario a falta de esa publicidad; en este caso y siempre y cuando el adquirente cumpliera los requisitos legales, la eventual subasta judicial promovida por el acreedor con el gravamen más antiguo, debe incluir el nuevo gravamen. Si el gravamen anterior no conlleva la posibilidad de una venta judicial, si v.g. se tratara de un usufructo o uso, lo correcto es estimar que los mismos se extinguen en la medida en que colisionen con el nuevo gravamen.

En fin, las situaciones expuestas las hemos relacionado con un non dominus, aplicando el art. 481 C.c., la misma solución merece el conflicto, cuando quien ha constituido los diversos gravámenes es el propietario de la cosa. No se trata de constitución paralela de derechos sino sucesiva, aunque en el fondo la barrera entre ambos casos se reduce a si el primer adquirente entró o no a poseer materialmente la cosa. Si es lo primero, la enajenación por parte del dante-causa del primer adquirente, que por alguna circunstancia reobtuvo la posesión de la cosa, produce un conflicto entre adquirentes sucesivos; si el primer adquirente no obtuvo la

posesión inmediata de la cosa, la sucesiva enajenación de su dante-causa, crea un conflicto entre adquirentes paralelos. En ambos casos el primer adquirente -es nuestra opinión- había obtenido eficazmente la propiedad de la cosa; si aún no había entrado a poseerla, ya hemos indicado, que al momento de la transmisión, no existió ningún tercero y que — posteriormente a la misma, el enajenante que no había entregado la posesión de la cosa, se vale de ella para enajenarla de nuevo, no implica que la propiedad de la cosa no haya pasado a él. Tanto así que, a falta de tradición real de la cosa a cualquiera de los distintos adquirentes, la propiedad es adquirida por el primer de ellos en tiempo.

Si a pesar de ser el primer adquirente, el propietario de la cosa, es despojado legalmente por un tercero, que a diferencia de él, obtiene la posesión inmediata del mueble, es porque se acoge a la regla del art. 481 C.c. Pero si es el primer adquirente quien entra en posesión inmediata de la cosa, se le protege, no por aplicación del art. 481, sino por cuanto el tercero no llegó a adquirir el derecho de propiedad en la misma, al no obtener su posesión.

B) La constitución del derecho de prenda ha sido regulada en el Código de Comercio (arts. 530 y ss). No existe en este texto legal, una norma que expresamente permita adquirir este derecho "a non domino". Podemos recurrir para

ello a una aplicación extensiva del artículo 481, o bien a su aplicación subsidiaria, por la remisión legal del artículo 2 del Código de Comercio al Código civil, en aquellas materias para las cuales no disponga de una regulación concreta (221).

No obstante, el propio Código de Comercio, indirectamente, ofrece la posibilidad de constituir un derecho de prenda sobre cosa ajena. El artículo 572-c de dicho cuerpo legal estipula que: "No se admitirán tercerías de dominio (...) sobre los bienes pignorados, excepto: (...) -c) La de dominio que fuere acompañada de ejecutoria en la cual se haga expresa declaración contra el pignorante, de que ha defraudado o estafado al legítimo dueño de los bienes dados en prenda, o certificación de estar admitida ante los tribunales penales, acusación encaminada al logro de tal declaratoria".

El artículo 565 infine del mismo Código, en armonía con el art. 572-c copiado arriba, expresa que: "En caso de tercería de dominio, se celebrará el remate, reservando su (221) Las mismas razones que existen para proteger al adquirente "a non domino" de una cosa, protegen al acreedor que adquiere "a non domino" un derecho de prenda". En este sentido afirma WEILL, supra nota 14 (Cap.I), p. 413, refiriéndose al acreedor, que: "(...) car il lui est également impossible de connaître les droits de son débiteur sur la chose donnée en gage". Otro tanto debe decirse por la negligencia del propietario que se desposeyó voluntariamente de la cosa en favor de un poseedor infiel. Habría que considerar también, que la apariencia jurídica y la confianza en ella depositada, pueda también, en determinados casos, ser el fundamento racional de la adquisición del derecho de prenda de un non dominus.

aprobación para cuando se resuelva definitivamente lo referente a la misma".

A primera vista, pareciera que la AND del derecho de prenda, es prácticamente imposible. No obstante, siempre que el constituyente fuera de buena fe, v.g. por creer de buena fe que heredó la cosa de quien era el propietario, cuando en realidad era solo un detentador, circunstancia en la cual no incurre en los delitos a que hace alusión el art. 572-c C.Com., la adquisición del derecho de prenda sobre la cosa heredada, será eficaz frente a su propietario. En la práctica se podría presentar el problema de llegar a atribuir a la sola certificación a que se refiere el art. 572-c citado, el efecto de destruir el gravamen, al declararse con lugar la tercería. A nuestro juicio, si lo que se pretende es evitar la pignoración de bienes, estafando o defraudando a su propietario, lo apropiado es determinar en juicio, si el pignorante incurrió en esos delitos y si fue así, restituir la cosa al dueño, pero no antes (222).

No vemos razón, para rechazar la AND del derecho de prenda, toda vez que nuestro legislador ha admitido la del

(222) Nuestros tribunales han aplicado en reiteradas oportunidades las regulaciones del art. 572-c C.Com., siempre en el sentido de que si no se presenta la certificación o ejecutoria en él exigida, la tercería no prospera. V. las resoluciones N° 878-1975; N° 525-1976; N° 1105-1976, del Tribunal Superior Civil. Es claro que de esto no se puede deducir un reconocimiento de la AND del derecho de prenda, sino que a falta de pruebas, se presume una adquisición "a dominio" del derecho de prenda.

derecho de mayor importancia: el de propiedad, lo que muestra cual es la tendencia general de nuestro ordenamiento en relación con los terceros adquirentes de buena fe.

La estafa y la defraudación son causas para reivindicar la cosa empeñada, a tenor del art. 572-c de comentario. Este no incluye otras situaciones de dolo del constituyente que no se tipifican como estafa o defraudación, en las cuales, creemos que también procede la AND del derecho de prenda, sobre todo si se tiene en cuenta que cuando de la AND del derecho de propiedad se trata, es inadmisibles la reivindicación de la cosa adquirida por el tercero, si se funda en el dolo del non dominus. No es pues aconsejable una extensión o analogía de lo estipulado en el art. 572-c citado con respecto a situaciones diversas de las ahí contempladas.

Si la estafa y la defraudación son motivos para reivindicar la cosa empeñada, nada dice el art. 572-c en relación, respecto a las hipótesis típicas de reivindicación, por sustracción y pérdida de la cosa. Si nada dice al respecto, lo procedente, de acuerdo con el artículo 2 del Código de Comercio, es aplicar subsidiariamente el art. 481, admitiendo esos dos supuestos de reivindicación. Así también, en cualquier otra hipótesis en que fuera procedente la reivindicación contra un adquirente a non domino del dominio, procederá en esta otra. Y si la cosa sustraída o perdida, adquirida en prenda por un tercero de buena fe, es vendida en la

subasta judicial, también, por aplicación subsidiaria del art. 481 C.c., el propietario tendrá únicamente una acción de rescate frente al adjudicatario de buena fe.

Sintetizando lo dicho, podemos afirmar que, no obstante la derogatoria que el art. 572-c C.Com. hace del art. 481 C.c. respecto a la irreivindicabilidad que de este último se deduce, de las cosas estafadas o defraudadas a su propietario y adquiridas por un tercero de buena fe, la AND del derecho de prenda es posible en todas aquellas situaciones en que al tenor del art. 572-c citado y conforme al art. 481 C.c., la reivindicación no sea procedente (223).

Si se puede reivindicar la cosa empeñada por un non dominus, cuando ha sido objeto de una estafa o defraudación a su propietario, ello es siempre y cuando no sea adquirida por un tercero de buena fe, v.g., el adjudicatario en la eventual subasta judicial. De lo contrario devendría nugato-

(223) En esta materia ha expresados BRENES CORDOBA, Tratado de los bienes, p. 179, lo siguiente: "Dos condiciones se requieren para empeñar válidamente: tener capacidad para obligarse y ser dueño del objeto. Sin embargo, con relación a este último requisito, la regla no es absoluta porque como en materia de muebles corporales rige la máxima de que la posesión vale por título es válido el derecho real establecido en cosa ajena por quien atribuyéndose la calidad de propietario y estando en posesión del objeto, lo empeña a uno que obra de buena fe, salvo, que el convenio se refiera a cosa perdida o robada, pues en tal caso puede el propietario ejercitar la reivindicación en las mismas condiciones en que podría hacerlo si hubiese sobrevenido compraventa". Al referirse a la máxima francesa, este autor lo hace en relación a su efecto sustantivo que corresponde a nuestro 481 y como es así, la reivindicación procede también si no se cumplen los otros requisitos que señala y si el acreedor es de mala fe.

ria la regla del art. 481, a la cual el accipiens puede recurrir. Si el art. 572-c C.Com. se limita al ámbito de las tercerías, estimamos que eso no es obstáculo para que el interesado reclame en la vía ordinaria la restitución de la cosa, demostrando la defraudación o estafa en que incurrió el pignorante, siempre y cuando la acción sea intentada antes de que el adjudicatario en la posible subasta judicial, entre en posesión de la cosa (arts. 481 y para las tercerías, el 494-I Código de Procedimientos Civiles).

La estafa o la defraudación sobre la cual se apoya la reivindicación, de acuerdo con el art. 572-c C.Com., es la que ha sufrido el "legítimo dueño" de la cosa. Si la víctima de estos delitos no ha sido el propietario de la cosa, pero si quien la poseía a nombre suyo, o quien servía a su posesión, igualmente estará legitimado para reclamarla, por ser él en el fondo, la verdadera víctima del perjuicio económico que implica estos delitos.

Extinguido el derecho de prenda, el propietario puede reivindicar la cosa a falta de entrega de la misma (224). El acreedor pignoraticio puede eludir la acción reivindicatoria, mientras subsista su derecho real de garantía. Una vez extinguido, el derecho de reivindicación del dominus -que se encontraba en suspenso- renace (225).

(224) MAIORCA, C., Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui (Soc.Ed.Lib., Milano, 1938), págs. 476,479; PLANICL y RIPERT, supra nota 8 Cap.I), p. 334.

(225) MAIORCA, ob. cit. p. 479.

La titularidad de la cosa sigue perteneciendo a la misma persona, hasta el momento en que sea adjudicada y entregada a un tercer adquirente en venta judicial (226), o al mismo acreedor. Quiere esto decir que, con la AND del derecho de prenda no se limita el derecho de propiedad, sino tan solo y temporalmente el de reivindicación.

Para la AND del derecho de prenda deben cumplirse los requisitos señalados por el art. 481 C.c.: aparte de la buena fe del pignorante (por aplicación extensiva del art. 1065 C.c.), se requiere un título hábil (227) y la tradición de la cosa. Ya vimos que esto último es en todo caso indispensable, para la adquisición del derecho de prenda, por ser el contrato de prenda de carácter real. Esto significa que, mediante el art. 481 C.c., se adquiere "a non domino", solo el derecho de prenda cuando la cosa es entregada al acreedor, o prenda con desplazamiento de posesión, (228).

De acuerdo con el art. 538 del Código de Comercio, el acreedor asumirá el carácter de depositario de la cosa, lo que es suficiente para adquirir el derecho en la misma, al estar ejerciendo posesión -entendida ésta en términos gené-

(226) La mala fe del adjudicatario es irrelevante, toda vez que el acreedor ejecutante tiene derecho a promover la venta judicial. La única buena fe que interesa en este caso, es la del acreedor pignoraticio al momento de adquirir a non domino su derecho.

(227) Para ello se deben cumplir las formalidades señaladas en el art. 537 del Código de Comercio.

(228) Es de esta opinión SANZ, supra nota 60 (Cap.I) págs. 158.159, cuando se refiere al art. 464 del CCE.

ricos-, sobre el bien mueble (229). Si éste, por acuerdo de las partes, se entrega a un tercero, entendemos que el acreedor no adquiere el derecho de prenda, al no obtener la posesión material de la cosa.

Por último, los gravámenes anteriores, que no hayan recibido publicidad y sean ignorados sin culpa grave por el acreedor no impedirán, que en la eventual subasta realizada dentro de la ejecución, la cosa salga libre de ellos.

C) En similar posición a la de un acreedor pignoraticio, se encuentra el arrendador de un inmueble, respecto de los bienes muebles que el inquilino haya llevado al inmueble. En este sentido el art. 1143 del Código civil, dispone que: "El arrendador, mientras no se le hayan pagado los alquileres o rentas vencidos, puede oponerse a que se saquen de la finca o casa arrendada los frutos y objetos con que el arrendatario lo haya amueblado, guarnecido o provisto. También tiene acción aún contra terceros poseedores de buena fe para hacer que dichos objetos vuelvan a la finca o casa arrendada de donde se hubieren sacado sin su consentimiento, siempre que entable su acción dentro de los quince días inmediatos a la salida, que los bienes restantes en la casa o finca no sean suficientes para garantizar el pago y que _

(229) Se ha discutido si el acreedor pignoraticio es o no es poseedor. Se admite sin embargo que el poder que ejerce sobre la cosa, es suficiente para adquirirla a non domino. Cfr. SANZ supra nota 60 (Cap.I), p.158. Se admite expresamente así en algunas legislaciones europeas véase supra página 264 .

no se trate de cosas que, como mercaderías o cosechas, están por su naturaleza destinadas a ser vendidas".

El derecho del arrendador para hacerse pago de los alquileres o rentas debidas con los bienes muebles supra indicados, descansa sobre la idea de "prenda tácita" (230), o legal (231), asumiendo el arrendador un papel paralelo al de un acreedor pignoraticio.

Si llegado el momento, el arrendador se ve obligado a ejercer el derecho que le garantiza el artículo antes transcrito, puede ocurrir que lo haga sobre bienes que no pertenecen al arrendatario, sino a terceros; entonces, se estima que, al igual que cuando se empeña en prenda convencional, una cosa ajena, el acreedor, arrendador en la especie, puede hacerse pago efectivo mediante los mismos, en perjuicio

(230) Cfr. COLIN y CAPITANT, supra nota 32 (Cap.I), p. 215. "(...) el crédito de los alquileres o rentas debidas al arrendador del inmueble ha sido siempre -dicen- objeto de la solicitud del legislador.

Obedece esto en parte, sin duda, a que los propietarios del suelo y de inmuebles edificados han constituido en todo tiempo la clase más poderosa de la nación y se han hecho adjudicar por la ley las más sólidas garantías contra los poseedores o arrendatarios de aquellos. Para los H. MAZEAUD, Lecciones, Parte 3ª-1, p.231, la idea de prenda tácita, "(...) no es sino una pura ficción: no existe entre las partes acuerdo alguno ni siquiera tácito, relativo a la constitución de una prenda; si el arrendatario amuebla la casa o la granja, es por su interés personal y no para procurar le una garantía al arrendador". Como quiera que sea, la ley reconoce esa garantía al arrendador, asimilable a la de un acreedor pignoraticio.

(231) Cfr. WOLFF, Tratado, III-2, p. 439.

perjuicio del propietario, a menos que la cosa hubiera sido sustraída o perdida, caso en el cual aquel conservará el derecho a recuperarla (232).

Si el arrendatario es un comerciante que normalmente _ tiene en depósito bienes de terceros, esa circunstancia impide, que sobre tales bienes el arrendador pueda ejercer la garantía, pues si no ignoraba, al menos no debió ignorar _ que eran ajenos, lo que bastará para que no se pueda dirigir contra ellos (233) .

Al igual que en el supuesto de prenda sin desplazamiento de posesión, se suscita aquí el problema de que la cosa no debe ser entregada al acreedor (arrendador) para que ejerza su derecho, lo que es necesario para la aplicación del _ art. 481 C.c. Lo normal es que aquellas cosas ajenas que _ lleve el arrendatario al inmueble en calidad de depósito, _ préstamo, arriendo, etc., las mantenga en su posesión, por ser de su interés el conservarlas. Por este motivo somos de la opinión, de que no es posible para el arrendador adquirir a non domino su derecho, sobre los bienes que se encuentran en el inmueble, por partirse de la base de la innecesidad

(232) Cfr. COLIN y CAPITANT, supra nota 32 (Cap.I), p.215; BRENES CORDOBA. Tratado de los bienes, p. 172.

(233) Cfr. COLIN y CAPITANT, supra nota 32 (Cap.I), p.215; BRENES CORDOBA, ob. cit. p. 172, nos da algunos ejemplos. Así, los relojes cuya reparación ha sido encomendada al relojero o las ropas de una lavandería, se presumen que son ajenos en atención al oficio que desempeña el deudor.

dad de la entrega de las cosas al acreedor, lo que es contrario a la especie fáctica regulada en el art. 481 C.c.

Fortaleciendo su privilegio, la ley concede el arrendador, un derecho de persecución respecto de aquellos bienes que hayan salido del inmueble sin su consentimiento, así como también le permite oponerse a que los mismos sean sacados del inmueble arrendado (234).

Son "terceros poseedores" quienes posean la cosa o cosas en nombre del arrendatario. La acción persecutoria del arrendador, se puede ver apoyada en un principio similar al que tiene la acción reivindicatoria del propietario en caso de desposesión involuntaria de la cosa, en especial si observamos que no procede cuando el arrendador ha dado su consentimiento para que los bienes muebles sean sacados del inmueble (235). Lo anterior nos plantea la duda de si el arrendador puede exigir la cosa de un tercer adquirente. En principio, no creemos que tal cosa sea posible. El tercer

(234). A fin de evitar el traslado de muebles, es conveniente permitir al arrendador el embargo de los bienes muebles que se encuentran en el inmueble, si se tiene en cuenta que el art. 1143 C.c., dispone que el arrendador "puede oponerse a que se saquen" y que ello no puede ser por la fuerza y tampoco con ayuda de la policía, pues este traslado no es delito.

Los bienes no embargables o no susceptibles de persecución judicial (art. 984 C.c.), no pueden darse en prenda a tenor del art. 532 del C.Com., por analogía el arrendador no tendrá derecho a ejercer su derecho sobre ellos. Si existe una resolución firme de desahucio, el actor, puede recurrir al art. 1143 C.c. en relación con los bienes legalmente embargables (art. 701 CPC).

(235) Cfr. MAZEAUD. Lecciones, Parte 3ª-1, págs. 241-242.

adquirente se encuentra protegido por el art. 481 y no procede, en perjuicio del tráfico jurídico, establecer una analogía entre el propietario, víctima de sustracción o pérdida de la cosa, con el arrendador de un inmueble, que si no ha dado su consentimiento para el traslado de los bienes, no es propietario ni poseedor de los mismos (236). El tercer adquirente ("a domino"), para poder oponerse a la reclamación del arrendador, debe haber cumplido los requisitos del art. 481 y ser de buena fe. Nos surge la duda de si le compete cierto grado de diligencia al adquirente, v.g., si es consciente de que el enajenante arrienda la vivienda en donde tiene los objetos que le ofrece en venta, ¿tiene entonces el deber de investigar si el enajenante se encuentra al día en el pago de los alquileres del inmueble? Si realizara esta investigación puede llegar a determinar que el arrendatario es deudor de varios alquileres. Aun así, no creemos que si el tercero adquiere la cosa no ignorando o no debiendo ignorar que el enajenante era moroso en el pago de los alquileres, la adquisición devenga ineficaz frente al arrendador. Que el arrendatario se encuentra en mora, no implica que el arrendador recurra necesariamente a los bienes del inmueble que van a ser enajenados, para satisfacer

(236) A juicio de MELCHER, supra nota 104 (Cap.I), p. 143 y ss., el accipiens se puede oponer a la demanda del arrendador con base en el art. 464 del Código civil español ("En bienes muebles, la posesión adquirida de buena fe...").

su crédito. Ante esta posibilidad, sería excesivo imputarle mala fe al adquirente o culpa grave, según el caso. Distinto es cuando el adquirente no ignoraba o no debía ignorar, que sobre los bienes que estaba adquiriendo, el arrendador pretendía hacer efectivo su derecho de garantía, v.g. por haber practicado un embargo sobre los mismos. En este caso, el adquirente no podrá invocar el art. 481 C.c.

El arrendador no puede perseguir mercaderías o cosechas ya que por su naturaleza, están destinadas a venderse. Tampoco puede perseguir los bienes en posesión de terceros, si en el inmueble han quedado otros bienes con los que se pueda garantizar el pago de lo adeudado, lo que no exige ninguna explicación.

Conforme al art. 1143, la acción tiene un plazo brevísimo para intentarse: quince días desde la salida de las cosas del inmueble. Creemos que ese plazo no es funcional: el arrendador no tiene derecho a perseguir las cosas si han sido adquiridas por terceros, salvo si no han cumplido con los requisitos del art. 481 C.c., en cuyo caso es justo permitirle perseguir la cosa fuera de ese plazo. Quizás solo llegue a tener utilidad, cuando la cosa se encuentra en poder de un poseedor alieno nomine y sobre la cual el arrendatario continúe siendo su propietario. Pero aún así, si el poseedor era de mala fe, creemos que debe permitirse el arrendador perseguir la cosa fuera del término de quince días.

Si el arrendatario es un comerciante y transmite a un tercero su establecimiento mercantil, ubicado en el inmueble arrendado, cediendo su derecho de arrendamiento al accipiens (art. 1145 C.c.), ¿se extingue el privilegio del arrendante, acreedor del cedente, respecto a las cosas que garantizaban su crédito y han sido traspasadas a un tercero? Obsérvese que el establecimiento mercantil es una universalidad y no le es aplicable la regla del art. 481 C.c.; el cesionario no podrá invocarlo frente al arrendador, para liberarse del gravamen.

La jurisprudencia francesa ha estimado que no se extingue. El arrendante hará efectivo su derecho sobre el mobiliario (y no sobre las mercaderías) que se encuentra en los lugares arrendados, a pesar de pertenecer ahora al cesionario y aunque éste pague con regularidad los alquileres (237).

Para una visión completa de este tema en nuestro Derecho, debemos remitirnos a las regulaciones del Código de Comercio relativas a la venta de establecimientos mercantiles. El artículo 482 de dicho texto legal, estipula lo siguiente: "Los créditos que provengan del tráfico mercantil del establecimiento enajenado, deben presentarse dentro del término indicado de quince días, con la comprobación de su existencia y de que provienen del giro del establecimiento en cuestión. No se tomarán en cuenta las obligaciones personales _

(237) Cfr. COLIN y CAPITANT, supra nota 32 (Cap.I), p. 220.

del vendedor, si no comprueban que fueron contraídas en beneficio del establecimiento y con motivo de su giro".

El pago de lo alquileres es una obligación personal del cedente y no se extingue si el interesado no la hace valer en un plazo de quince días, que corre a partir de la primera publicación de tres avisos consecutivos (art. 479 C.Com) y dan publicidad a la cesión del establecimiento. Lo que interesa determinar es, si a pesar de no concurrir el arrendatario a hacer valer sus derechos en el plazo de quince días indicado, puede aún así, perseguir los bienes perseguibles, adquiridos por el cesionario. Creemos que ello no es posible en vista de que el artículo 483 del Código de Comercio, señala que, los créditos no presentados dentro de ese plazo se cobrarán al vendedor sin que responda el establecimiento vendido, y el arrendatario se encontraba legitimado para __ apersonarse en ese plazo, por haber adquirido el vendedor __ la obligación con aquél, en beneficio del establecimiento, __ en consecuencia debe reclamar el pago de su crédito en los quince días de ley. ¿No se refiere la obligación de apersonarse en este plazo a los acreedores quirografarios y no a quienes tengan un privilegio sobre determinados bienes?.

Los acreedores hipotecarios y prendarios corrientes, __ tienen establecido un trámite específico para el cobro de __ sus créditos y no estarían obligados a solicitar el reconocimiento de su crédito, en el término señalado de quince __

días. En el caso concreto del privilegio del arrendador, en que dicho trámite no existe, lo indicado es que sea diligente y se apersona dentro del plazo, haciendo valer sus derechos. Si su crédito no se reconoce en la junta de acreedores (art. 483 C.Com.), podrá obtener judicialmente el reconocimiento, debiendo depositarse a la orden del Juez del caso, una suma igual al monto de los alquileres adeudados, para entregarse al arrendador, si su crédito es reconocido en sentencia (art. 483 C.Com.)

La doctrina ha considerado excesivo el privilegio del arrendador y se ha estimado conveniente reducirlo en beneficio de los acreedores (238) y del mismo arrendatario, quien gozaría de un crédito demasiado largo, que sería desastroso para él (239).

II.- Otros casos de protección a los adquirentes.

1.- Se estipula en el artículo 1406 del Código civil _ que: "Rescindida la donación se restituirán al donador los bienes donados, o si el donatario los hubiere enajenado, el valor de ellos al tiempo de la donación. Los frutos percibi

(238) Cfr. MAZEAUD, Lecciones, 3^a-I, págs. 242-243. Para quienes, sería exagerado suprimir pura y simplemente el privilegio; pero cabría, ya bien reemplazarlo, por un simple derecho de retención (es la solución del Código civil suizo), acompañado de sanciones penales o bien reducirlo en cuanto a su base material, al mobiliario estricto.

(239) Cfr. COLIN y CAPITANT, supra nota 32 (Cap.I), p. 223.

dos hasta el día en que se propuso la demanda de revocación pertenecen al donatario.

La revocación de la donación no perjudica ni a las enajenaciones hechas por el donatario ni a las hipotecas y demás cargas reales que éste haya impuesto sobre la cosa donada, a no ser que, tratándose de inmuebles, se hayan hecho las enajenaciones o constituido las cargas o hipotecas después de inscrita en el Registro la demanda de revocación".

Las enajenaciones hechas por el donatario no constituyen hipótesis de AND, toda vez que el donatario se había convertido en propietario de la cosa donada (art. 1404 C.c.) Quien adquiera de él, lo hace "a domino". Aunque el art. 481 se extiende a las adquisiciones "a domino", no es este su caso que caiga en su esfera de aplicación; el donante, al momento de la enajenación del donatario, no es un tercero que se vea perjudicado con ella, por no tener ningún derecho sobre la cosa donada. El donatario no se convierte en "tercero", del punto de vista que nos interesa, sino hasta que rescinda o revoque la donación. Entonces, la enajenación que verifique el exdonatario, hace adquirir a non domino a los terceros que cumplan los requisitos del art. 481 C.c.

Con decir el art. 1406 citado, que: "La revocación de la donación no perjudica (...) a las enajenaciones hechas por el donatario (...)", no significa que la revocación de

la donación, sí perjudica las enajenaciones realizadas posteriormente a la misma, lo que solo ocurriría a falta de alguno de los requisitos del art. 481.

La adquisición hecha al donatario que sufre luego la revocación de su derecho, opera "solo consensu", a menos que por la clase de convenio se exijan formalidades particulares.

El adquirente del donatario se encuentra protegido, en caso de rescisión del derecho de su causahabiente, por el art. 849 C.c., cuando establece que: "Las acciones rescisorias no podrán hacerse efectivas contra terceros poseedores de buena fe, sino en los casos expresamente señalados por esta ley". En este caso, no basta el solo consentimiento para adquirir el derecho; se requiere ser poseedor de la cosa para no verse afectado por la rescisión, además de ser de buena fe. No es indispensable, a nuestro juicio, que el tercero poseedor o adquirente, haya obtenido la posesión inmediata de la cosa; es suficiente la posesión mediata de la misma si el pacto posesorio, consta en instrumento público, conforme al art. 482 infine C.c.

Si la donación tuvo por objeto un bien mueble sujeto a inscripción registral, se aplica por analogía, lo dicho en el art. 1046-II citado, para el caso de inmuebles, en el sentido de que, la enajenación realizada posteriormente a la inscripción de la demanda de revocación o rescisión de la donación al margen del asiento de inscripción del mueble

no es oponible al donante.

2.- El artículo 41 del Código civil dispone lo siguiente: "Declarada la ausencia serán puestos en posesión provisional de los bienes del ausente, dando fianza u otra garantía suficiente para asegurar los resultados de la administración, los herederos, los legatarios, donatarios y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos subordinados a la condición de su muerte". El artículo 46 *ibid.*, dispone a su vez que: "Si el ausente aparece o se prueba su existencia después de la posesión definitiva, recobrará los bienes en el estado en que se hallen y el precio de los que hubieren sido enajenados".

De este último párrafo deducimos, que los terceros adquirentes de los bienes del ausente, se encuentran a salvo de un posible reclamo del declarado ausente y ahora aparecido o probada su existencia. ¿Es la adquisición de estos terceros, una AND? Veamos primero lo que estipula el art. 47 *ibid.* "Si la ausencia -dice- ha continuado durante veinte años después de la desaparición o durante diez años después de la declaratoria de ausencia o de las últimas noticias, o si han corrido ochenta años desde el nacimiento del ausente, el Juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Hecha esta declaración, se dará posesión definitiva de

los bienes, sin necesidad de fianza, a sus herederos presuntivos al tiempo de la desaparición o de las últimas noticias y a los demás interesados de que habla el artículo 41, quedando cancelada la garantía dada para la posesión provisional".

No es nuestra pretensión, urgar en las distintas corrientes doctrinales relativas al derecho del poseedor definitivo sobre los bienes del ausente. Como quiera que sea, se encuentra legitimado por ley para disponer de ellos, estimándose, por lo general, que la posesión que ejerce sobre dichos bienes, es la de quien adquiere la titularidad de la cosa (240). Los terceros adquirentes, obtienen el derecho en la cosa, no por aplicación del art. 481 C.c.; sino por los medios corrientes de transmisión "solo consensi", a no ser que la enajenación tenga lugar, una vez aparecido el

(240) Refiriéndose al derecho así adquirido por los herederos, sostiene JORDANO BAREA, supra nota 99 (Cap.I), p. 709, que consiste en: "(...) una titularidad plena y perfecta (...) sujeto a un término final dependiente de un evento "incertus an incertus quando", cuyo advenimiento provoca tan sólo efectos de presente". Prueba de la titularidad de los herederos es para ROCA SASTRE, supra nota 25 (Cap.I), p. 316, la plena eficacia de las ventas y demás transmisiones de los bienes hereditarios y esto se confirma cuando se dice que el ausente reaparecido, recuperará los bienes "en el estado en que se hallen", es decir, y como señala este autor, los recibirá libres o gravados, mejorados o desmejorados y si se hubiesen vendido, bien vendidos estan.

Refiriéndose al art. 129 del Código Napoleón, del cual sin duda nuestros legisladores recogieron la idea de "posesión definitiva", ha dicho SERRANO y SERRANO, I., La ausencia en el Derecho español (Ed. Rev. de Der.Priv., Madrid, 1943), p. 30, que: "Los poseedores definitivos son considerados como propietarios y pueden enajenar y gravar los bienes con derechos reales y estas enajenaciones son válidas aunque el ausente retorne".

ausente, quien, conforme al art. 41 citado, recobra los bienes que no habían sido enajenados.

La situación se modifica si el enajenante se encontraba en "posesión provisional" de los bienes (art. 41 C.c.). Conforme al art. 43 C.c., los herederos y demás personas puestas en posesión provisional de los bienes del ausente, son, respecto a éste, administradores, pero en relación con terceros, se consideran como herederos y deben cumplir con las obligaciones que como tales les exige la ley. Por no estar legitimados para disponer de los bienes del ausente, quienes están en posesión provisional de los mismos (241), salvo que sea con los requisitos exigidos por el derecho de sucesiones (242), los adquirentes de estos poseedores son "a non domino" y se encuentran protegidos por el art. 481 C.c.

3.- De conformidad con el artículo 1287 del Código Civil: "En general, todas las veces que el mandato expire por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho _

(241) siguiendo el art. 125 del Código Napoleón, creemos que quienes han adquirido la posesión provisional, poseen las cosas en una especie de depósito, con las obligaciones propias de quienes son herederos (art. 43 C.c.)

(242) Por ejemplo, de acuerdo con el art. 545 CPC., es posible la venta de bienes cuando puedan deteriorarse o sean de costosa o difícil conservación o frutos, para cuya enajenación se presenten circunstancias ventajosas, siempre y cuando medie la autorización judicial de rigor, exigida por el mismo artículo arriba citado.

en ejecución del mandato será válido y dará derecho contra el mandante a terceros de buena fe.

Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato (el subrayado es nuestro), a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.

Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido anotado en el Registro, cesa desde la fecha del asiento la responsabilidad del mandante".

Quien adquiere de buena fe una cosa que poseía el ex-mandatario, con instrucciones del mandante-propietario, para enajenarla, no lo hace "a non domino". Se trata de una adquisición "a domino" (243). Por una ficción legal, el mandato se considera prolongado en beneficio de terceros adquirentes que confiaron en que el mandato subsistía (244); no otra cosa quieren decir las palabras arriba subrayadas.

El adquirente debe ser siempre de buena fe. Si el man-

(243) Cfr. JORDANO BAREA, supra nota 99 (Cap.I), p. 704, cuando se refiere al art. 1738 CCE., homólogo de nuestro 1287 C.c. En este sentido también FONT-BOIX, supra nota 24 (Cap.I), p.1620 y ss., quien observa que el punto es discutido y hay quienes opinan que se está en presencia de una AND.

(244) Cfr. PEREZ y ALGUER, supra nota 46, II-2º, V.1º, p.615 cuando se refiere al art. 1738 CCE.; ROCA SASTRE, supra nota 25 (Cap.I), 320, observa que no se puede decir lo mismo cuando se trata de los factores o gerentes de empresas; la muerte del poderdante no deja sin efecto el mandato, por exigirlo el principio de continuidad de la gestión de la empresa, tendiente a evitar interrupciones del tráfico de la misma.

dato es de los que se inscribe, la revocación afecta al ter
cero a partir de la respectiva inscripción (art. 1282, 1287
infine C.c.), salvo prueba que de antemano conocía la extin-
ción del mandato.

No obstante el ex-mandatario no ignore la extinción __
del mandato y al realizar la enajenación se salga de sus __
atribuciones, la adquisición realizada por un tercero de __
buena fe, que desconozca la expiración del mandato sin ne--
gligencia, es eficaz, según se desprende del art. 1287 cita-
do, cuando dispone que: "Quedará asimismo obligado el man--
dante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandata-
rio, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere
pactado con terceros de buena fe (...)" . Bien actúe el ex-
mandatario de buena fe, como de mala, el mandato se entien-
de subsistente, de manera que deviene inaplicable el art. __
481. Esto implica, para fines prácticos, que el adquirente
no requiere estar en posesión de la cosa; basta la adquisi-
ción "solo consensu" para que el mandante se encuentre obli-
gada a verificar la entrega de la cosa, lo que el mismo art.
1287 de comentario deja ver, cuando señala que el mandante
estará obligado con el tercero, a lo que éste hubiera "pac-
tado" con el ex-mandatario. Es decir, bastará el solo conve-
nio, para la adquisición del derecho en perjuicio del man--
dante, lo que no podría ser así, de aplicarse el art. 481 __
C.c., que exige la tradición de la cosa al adquirente, para
que éste encuentre protección.

SECCION TERCERA

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SU-
JETOS EN LAS DIVERSAS RELACIONES
JURIDICAS.

Sumario: I-Derechos y obligaciones del adquirente en relación con el anterior propietarios: 1) Adquisición de mala fe; 2) Adquisición de buena fe; A) A título gratuito; B) A título oneroso. 3) El derecho de rescate: A) El derecho de rescate del artículo 481 C.c., en relación con el art. 449 del C.Com. B) El derecho de rescate en el Código civil; C) Posición de la jurisprudencia. II- Responsabilidad del enajenante con el propietario anterior; 1) Enajenación de mala fe; 2) Enajenación de buena fe. III- Responsabilidad del enajenante con el adquirente; IV- Responsabilidad de los poseedores intermedios.

I.- Derechos y obligaciones del adquirente en relación con el anterior propietario.

1.- El adquirente de mala fe se encuentra obligado a restituir la cosa al propietario, pero tiene derecho a exigirle a éste el valor de las mejoras necesarias (art. 330 C.c.) (245) y el de las útiles (relación de los arts. 330 y 328 C.c.) que haya realizado en la cosa, pero no tendrá de

(245) El art. 330 C.c., dispone que: "El poseedor de mala fe tiene derecho a que se le abone el valor de las mejoras necesarias; respecto de las útiles tiene los mismos derechos, menos el de retención, que el poseedor de buena fe; las de puro adorno no puede retirarlas ni reclamar nada por ellas". No se justifica a nuestro juicio que el poseedor de mala fe no pueda retirar las cosas de puro adorno o percibir una indemnización por ellas. De lo contrario el propietario se está enriqueciendo injustamente. Véase también la crítica de SÓTELA MONFAGNE, R., en sus anotaciones al Tratado de los bienes de Brenes Córdoba, págs. 66-67.

derecho de retención sobre ella mientras no se le haya pagado su valor. Debe también responder por los deterioros sufridos por la cosa, a menos que se deban a un hecho ajeno a su voluntad. Asimismo, estará obligado a restituir los frutos percibidos y los que debió percibir si fuere de mediana inteligencia (246). Si los frutos no existieran, deberá pagar el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción (art. 329 ibid). De todo otro daño y sus respectivos perjuicios, deberá responder ante el propietario (art. 701 y ss. C.c.).

Si el demandado al adquirir la cosa estaba consciente de que su enajenante se había apropiado indebidamente de ella, la estafó o sustrajo a su propietario, podrá ser denunciado penalmente por el delito de receptación (art. 321 C.Pen) y en su caso, por el delito de receptación de cosas de procedencia sospechosa (art. 322 C.Pen).

2.- Normalmente el adquirente de buena fe no se encuentra obligado a restituir la cosa, mas ello depende si la obtuvo a título gratuito o a título oneroso.

A) El adquirente de buena fé a título gratuito, de

(246) Antecedentes del Derecho romano: Ins. Lib. II, T.I, L. 35: "El que a sabiendas hubiese poseído un fundo ajeno se le obliga a restituir con el fundo también los frutos, aunque hayan sido consumidos".

acuerdo con lo señalado en supra página 110 creemos que se _ encuentra obligado a restituir la cosa, pero podrá exigir _ al propietario la indemnización que le corresponde como poseedor de buena fe, es decir, tendrá derecho al valor de _ las mejoras necesarias y al de las útiles y a retirar los _ materiales de las de puro adorno, con tal de que la separación pueda hacerse sin detrimento de la cosa reivindicada _ (247) y de que el propietario rehúse pagarle el valor que _ tendrían dichos materiales después de separados. Mientras _ no se le indemnice en estos extremos, tiene derecho de retención sobre la cosa (art. 328 C.c.) Como adquirente de _ buena fe, estará obligado a devolver solo aquellos frutos _ que percibió luego de la notificación de la demanda (248).

Si se llegare a permitir la AND mediante donación es _ justo que el perjudicado tenga derecho a reclamar una indemnización al adquirente de buena fe, por enriquecimiento injusto, si es que no pudo satisfacerse en el enfrentamiento con el donante (249).

(247) Antecedentes del Derecho romano: Cód. Jus., Lib.III. _ Tít.XXXII, L.5, que disponía: "Más con razón resolvió rescripto, que no se puede tener en cuenta lo que gastó, sino en el caso en que hubiere hecho gastos necesarios; pero si hubieren sido útiles, se les concede facultad para retirarlos sin detrimento del primitivo estado de la cosa".

(248) Antecedentes del Derecho romano: Cód. Jus., Lib.III. _ Tít.XXXII, L.22, disponía: "Es indudable que los poseedores de mala fe han de restituir todos los frutos juntamente con la cosa misma, y que los de buena fe, en cambio, tan sólo los existentes, pero después de la _ demanda todos".

(249) Cfr. TRIMARCHI, supra nota 80 (Cap.I), p. 597. En el parágrafo 816-I del BGB, se establece expresamente esta solución.

B) Si el adquirente de buena fe, obtuvo la cosa mediante contraprestación de su parte y cumplidos que fueran los requisitos del art. 481 C.c., se produce el supuesto clásico de AND; no tendrá ninguna obligación frente al anterior propietario, a menos que la cosa hubiere sido sustraída o _perdida, supuestos en los que es siempre reclamable, durante el plazo estipulado en el art. 481. Si el poseedor se ve obligado a restituirla por este motivo, es casi innecesario indicar que, como poseedor de buena fe, puede exigir los extremos a que legalmente tiene derecho.

Si conforme al art. 481, lo procedente es una acción _de rescate en favor del propietario (acción a la que haremos referencia seguidamente), el demandado tiene derecho a exigir el reembolso del precio pagado a su enajenante y mientras no cumpla esta obligación, puede retener la cosa, sustraída o perdida por su dueño.

3.- Por influencia del Derecho francés, se ha recibido en nuestro artículo 481-III C.c., una acción denominada "de rescate", en virtud de la cual el propietario que ha sufrido la pérdida o sustracción de la cosa, solo puede recuperar la pagando al adquirente el precio que él haya pagado a su enajenante, si había adquirido el objeto en una venta pública en una feria o a un mercader que venda cosas semejantes, siempre y cuando la adquisición se realizara dentro de los

marcos acostumbrados (250). Estos supuestos son "numeros __ clausus" y no admiten una extensión a otros similares.

La acción de rescate se diferencia de la reivindicatoria, en que en ésta última, el demandante no se encuentra __ obligado al reembolso del precio pagado por el demandado.

Son dos los aspectos fundamentales a tratar en esta materia: en primer lugar, la vigencia de la obligación del __ reembolso en relación con las disposiciones del Código de __ Comercio que regulan las ventas en establecimientos mercantiles y, en segundo lugar, la aplicabilidad de este derecho de rescate, en las situaciones reguladas en el Código civil.

A) Siguiendo este orden de ideas, debemos delimitar la frontera entre el Código civil y el Mercantil, que en su artículo 449, regula la AND de las cosas adquiridas en un establecimiento mercantil, disponiendo que: "El que de buena fe comprare en un establecimiento abierto al público cosas que sean de su giro normal, no podrá ser privado de ellas, __ y aunque no pertenecieron al vendedor y dolosamente las hubiere vendido".

¿Deroga este artículo la obligación de reembolso contemplada en el art. 481-III del Código civil?. En primer __

(250) Cfr. art. 2280 del Cod. Esta acción ha sido recogida, entre otros, en los siguientes textos legales: art. 890 C.c. chileno; art. 799 C.c. mexicano; art. 934 C.c. suizo; art. 464 C.c. español; art. 1213 C.c. uruguayo; art. 795 C.c. venezolano; art. 947 C.c. colombiano; __ arts. 2768 y 2769 C.c. argentino; art. 393 C.c. de Puerto Rico; art. 892 C.c. salvadoreño y art. 709 del C.c. italiano de 1865.

término debe resolverse la cuestión relativa a la aplicación subsidiaria del Código civil, que conforme al art. 2 del Código de Comercio, tiene lugar siempre que este último no __ tenga una norma expresa en una materia determinada. El Código de Comercio nada dice, en lo que concierne a la procedencia o no de la acción reivindicatoria, cuando ha tenido lugar la sustracción o pérdida de la cosa. ¿Se aplica entonces el art. 481 C.c. a fin de llenar la laguna y poder entonces el propietario reclamar la cosa, de quien la adquirió en un establecimiento mercantil? El art. 449 citado, __ permite la adquisición de aquellas cosas que no fueran de __ propiedad del comerciante y de las cuales disponga "dolosamente", lo que da la impresión de estarse refiriendo únicamente al supuesto de abuso de confianza, o cuando más a la estafa. Pero si el art. 449 C.Com. omite mencionar lo relativo a la sustracción o pérdida de la cosa, es porque deliberadamente ha querido excluir la reivindicación, si el propietario se desposeyó involuntariamente del objeto. Con esta disposición, se busca conceder una protección más amplia al tráfico de bienes, que la que pueda tener con aplicación del Derecho común. Resulta por tanto improcedente, una remisión en este sentido al Código civil. En resumen, si la cosa sustraída o perdida, se adquiere en un establecimiento __ comercial, la víctima de la sustracción o pérdida, no tiene acción alguna contra el adquirente de buena fe, que compra

la cosa en las condiciones señaladas en el art. 449 del Código de Comercio. ¿A que solución se debe llegar si la compraventa no tiene lugar en el establecimiento del comerciante, o se trata de cosa comprada en él, pero no es del giro normal del negocio, o éste no se encontraba abierto al público, o si la cosa se adquiere mediante una transmisión diversa de la compraventa? Si en estas hipótesis el adquirente no se convierte en propietario, ¿puede exigirle a quien lo es y pretende recobrar la cosa, el reembolso del precio pagado, por aplicación subsidiaria del art. 481 C.c.? No digamos ya que el adquirente sea de mala fe, pues entonces lo procedente es la reivindicación y no la acción de rescate. De no ser el accipiens de mala fe, si se pretende aplicar subsidiariamente el art. 481 C.c., observemos primero que el mismo exige que la adquisición hecha al mercader que vende cosas semejantes -hipótesis que podríamos considerar como comprensiva de la compra hecha en establecimiento mercantil- se debe realizar con las formalidades acostumbradas en el giro de su actividad. Estas formalidades no pueden entenderse como distintas de las exigidas en el art. 449 C.Com.; si el comerciante tiene un establecimiento mercantil lo correcto es que venda en él las cosas con las que comercia. Cuando el art. 481 señala que la adquisición, para dar lugar a reembolso, debe ser a un mercader que "vende cosas semejantes", significa que, aplicando esto a quien ejerza el

comercio mediante un establecimiento mercantil, se protege solo la adquisición realizada en el establecimiento mercantil, que es donde se venden cosas semejantes. De manera que el comerciante que vendiera una cosa fuera de su establecimiento comercial, o que no sea del giro de su actividad, no lo hace con las formalidades usuales, salvo en el primer caso si también se dedicara a la venta de objetos análogos, fuera del establecimiento fuera de esta hipótesis, creemos que el adquirente no podrá exigir el reembolso del precio, al propietario de la cosa, que la reclama. Si el comerciante vende la cosa en su establecimiento mercantil, con las formalidades usuales, ya vimos que el adquirente se convierte en propietario, a pesar de ser la cosa sustraída o perdida, a menos que sea de mala fe.

Dicho lo anterior habría que reflexionar sobre las otras hipótesis: adquisición en venta pública y en feria. Sin embargo no podemos dar por agotado el tema en lo que concierne a la adquisición hecha al mercader que vende cosas semejantes. Dijimos que la adquisición realizada a un mercader que vende cosas semejantes, no se limita a las hechas en un establecimiento mercantil. Se regulan en el art. 481, las adquisiciones realizadas a un mercader en cualquier otro supuesto, en que la venta se efectúe con las formalidades usuales.

"Mercader" es sinónimo de "comerciante"; la determina-

ción de los sujetos calificados como comerciantes está reservada al Derecho Mercantil. En este sentido debemos estar a lo dispuesto en el artículo 5 del Código de Comercio, que en lo que interesa, estipula lo siguiente: "Son comerciantes: a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual". No es por consiguiente necesario para ejercer el comercio, vender objetos en un establecimiento dedicado al efecto. Es suficiente la exposición temporal en plazas o calles de cosas semejantes, o similares, por quien habitualmente ejerza el comercio. Lo importante es que tenga lugar una oferta pública de los objetos que se venden. Es casi innecesario observar que, si la oferta hecha en lugares en donde se venden públicamente objetos semejantes, no ha sido hecha por un comerciante, el adquirente no puede acogerse al art. 481 C.c. (251). Por lo demás, las adquisiciones realizadas en estos lugares a quienes ejerzan el comercio, deben cumplir las formalidades que usualmente se establecen para el caso, a fin de que, llegado el momento, el adquirente esté en posibilidad de invocar el art. 481, exigiendo el reembolso del precio pagado.

Si el adquirente de buena fe compra el objeto en una

(251) Cfr. KUMMEROW, supra nota 21, p. 82.

feria (252), o en venta pública, pueda igualmente exigir el reembolso del precio pagado, si la compra se realizó también con las formalidades usuales. Solo nos resta indicar algo, que a nuestro criterio, es de justicia: Conforme el art. 481-III C.c., quien haya hecho el reembolso del precio, tiene el derecho de exigir el valor de la cosa a cualquiera de los otros poseedores, respecto de los cuales hubiera sido eficaz la acción reivindicatoria. Creemos que en caso de venta judicial, los acreedores que reciben en pago de sus créditos, la suma producto de la venta de una cosa sustraída o perdida a un tercero, se encuentran en una posición similar a la de quien recibe un pago indebido, por no ser la cosa vendida, propiedad del ejecutado. Si el legítimo propietario la recupera del tercer adquirente, reembolsando el

(252) Para Escriche (citado por Scaevola, supra nota 32, Cap. I, p. 607), son ferias, las reuniones de mercaderes y negociantes en lugares y días señalados, para vender, comprar, permutar ropas, ganado, frutos y otros géneros o mercaderías. Las ferias, que en Europa tuvieron tanto auge durante la Edad Media y gran parte de la moderna, fueron perdiendo su importancia, a medida que las comunicaciones adquirían rapidez y los centros de población aumentaban. Refiriéndose a ellas y a los mercados, señala GARRIGUEZ, Curso, p. 54 que son, "instituciones nacidas y desarrolladas en la infancia del comercio, que desaparecen cuando éste, llegado a la edad adulta, satisface sus exigencia por otros caminos más rápidos".

Los locales que un comerciante tiene en una feria no se puedan calificar como establecimientos mercantiles. La acepción "establecimiento", por sí misma indica una situación de estabilidad que una feria no puede dar; significa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, una "Cosa fundada o establecida". Además, del art. 478 C.Com., se desprende que el establecimiento mercantil es algo mucho más complejo de lo que pueden ser los locales de un comerciante en una feria.

precio que ha pagado en la subasta, podrá dirigirse contra los acreedores que percibieron el precio de la venta pública, si no logra satisfacerse en el enfrentamiento con aquellos poseedores intermedios, respecto de los cuales hubiera sido eficaz la acción reivindicatoria.

B) Delimitado el ámbito de aplicación del derecho de rescate del art. 481 C.c., en relación con el artículo 449 C.Com., debemos ocuparnos del derecho de rescate en el terreno del propio Código civil, materia escabrosa y contradictoria, por la forma en que ha sido acogida en nuestro Código. Para una mejor comprensión de este tema, debemos en primer lugar, conocer su razón de ser.

La obligación de reembolso a cargo del actor, tiene lejanos antecedentes. A partir del siglo XIII, en algunos mercados ingleses, en ciertas regiones de Alemania y Suiza y con mayor generalidad en el Derecho francés y holandés, se imponía esta obligación al propietario, cuando la cosa robada había sido adquirido en un mercado por una persona de buena fe (253).

Esta obligación se mantuvo en el Derecho francés y fue

(253) Cfr. NUÑEZ LAGOS, supra nota 25 (Cap.I), p.8; PLANIOL y RIPERT, supra nota 8 (Cap.I), p. 342 (en nota). Los judíos fueron de los más antiguos benefactores de este derecho; "privilegio de raza", dice MELON, supra nota 35 (Cap.I), p. 60 y ss. Véase también lo que decimos en supra notas 85 y 90.

adoptada en el Código Napoleón (254) y de aquí pasó a nuestro art. 481 C.c.

¿Cuál es el fundamento de esta obligación, o lo que es lo mismo, de la acción de rescate?

Se han aducido básicamente dos argumentos; uno objetivo y otro subjetivo. En relación con el primero, ha estimado Saleilles que, "(...) por el hecho de entrar un objeto _ mueble en el recinto de un establecimiento que venda al público, surge una especie de necesidad económica suprema, _ que da garantías a los terceros. Toda postura en venta pública equivale a una garantía contra la evicción, por ello se comprende también que en estos casos se prescinda de la acción reivindicatoria.

Si no obstante el propietario conserva su derecho, en caso de pérdida o sustracción, ello es así para el caso excepcional en que la cosa tenga para él un valor de afección, que le obligue a aceptar y sufrir el rescate.

Para evitar los fraudes y el encubrimiento, bastaría _ con asimilar la imprudencia o la culpa a la mala fe, como _ por ejemplo, si el precio de la adquisición era ínfimo en _ relación al verdadero valor de la cosa" (255).

(254) En la época inmediata anterior al Code, indican los H. MAZEAUD, supra nota 12 (Cap.I), p.265 que, el Châtelet de París obligaba al propietario al reembolso, cuando el demandado la había adquirido en feria o mercado por medio de un corredor o por autoridad judicial. "Los redactores del Código civil -agregan (lugar citado)- (...) reprodujeron las soluciones establecidas por las jurisdicciones parisienses".

(255) SALEILLES, supra nota 7 (Cap.I), págs. 205-207.

Dentro de esta misma idea sostenía Laurent, que: "(...) il y a un intérêt public en cause, celui du commerce, car _ jadis les transactions mobilières se faisaient dans les _ foires et les marchés ou avec des marchands ambulants; il _ fallait donner pleine sécurité aux acheteurs, sinon tout com- merce eut été impossible; et la société pourrait-elle exis-- ter sans commerce?" (256).

El derecho de rescate se justifica, desde esta posición por adquirirse una cosa de quien se dedica habitualmente al ejercicio del comercio y cumple una función relevante en el medio social, siendo por consiguiente indispensable para la colectividad, encontrar la máxima seguridad, no sólo en interés de ella misma, sino en beneficio, en última instancia del propio comerciante, a quien los interesados en adquirir objetos, acudirán con mayor frecuencia. Se puede sostener _ con Ruggiero (257), que desde esta perspectiva, al reembolso del precio se justifica por la necesidad de proteger la confianza que deben inspirar los mercados y los comercian-- tes.

Pero aparte de este enfoque, se aduce, en una concepción subjetivista, que quien adquiere de un comerciante, re fleja buena fe; su proceder es más correcto que el de quien compra de un particular, que no conoce y puede ser más bien

(256) LAURENT, *supra* nota 129 (Cap.I), p. 605.

(257) RUGGIERO, *supra* nota 80, p. 668.

el ladrón que busca desprenderse de las cosas robadas. En _ este sentido, señalan Marty & Raynaud, que: "En pareil cas, la bonne foi est renforcée, objectivement confirmée (...)", (258). Pero también reconocen que: "(...) la nécessité de _ ne pas perturber la sécurité des transactions du commerce _ régulier se manifeste avec une force accrue" (259).

A nuestro juicio, el fundamento de este privilegio, al igual que en la AND, descansa en la protección que se busca conceder al tráfico de mercancías. Esta protección revierte en beneficio de la colectividad, que recurre en general a _ los comerciantes a fin de satisfacer sus necesidades. Debido a este destacado rol social desempeñado por los comerciantes, se hace imprescindible proteger a los compradores que depositan en ellos su confianza.

Pero debemos ser realistas y no olvidar que, como señala Melón (260), este privilegio, tuvo como objetivo impulsar las ferias y mercados, en una época de desbordante espíritu capitalista y mercantilista, que desde ya requirió una legislación favorable (261). Ante todo se protegía al com--

(258) Supra nota 5 (Cap.I), p. 338. Son también de esta opinión: AUBRY & RAU, supra nota 6 (Cap.I), p.160; BRENES CORDOBA, Tratado de los bienes, p.196; CARBONNIER, supra nota 13 (Cap.I), p.463; TARTUFGARI, supra nota 138 (Cap.I), p. 484.

(259) MARTY & RAYNAUD, supra nota 5 (Cap.I), p. 388.

(260) Supra nota 35, Cap.I, p. 34

(261) En este sentido señala ALGANO, supra nota 90 (Cap.I) p.30, que: "Le ragioni della proprietà sono destinate a ceder quando si trovano in conflitto con quelle della mercatura (...). El ius mercatorum esclude l'azione del proprietario derubato se il compratore ha ac--

prador; se busca cerrar en lo posible, toda vía para el reclamo del propietario, quien, si de acuerdo al derecho tradicional, podía recuperar la cosa sustraída a pérdida, vió reducido notablemente la eficacia de su reclamación, al introducirse el derecho de rescate. De esta forma, los comerciantes fueron indirectamente los beneficiados, ya que lógicamente, los compradores preferían acudir a ellos antes que a los particulares.

Si la publicidad de la oferta pública del comerciante, garantiza su honestidad y la de quien de él adquiera, ello no es razón para proteger a este último, pues ante todo, lo que importa para procurar la acción reivindicatoria al propietario, es la forma de la desposesión, y si había sido involuntaria, a pesar de la honestidad manifiesta del vendedor y del adquirente, la reivindicación siempre procede. De manera que si la honestidad de las partes fuera el motivo para imponer al propietario la obligación de reembolso, en todo otro supuesto en que aquella se pusiera en evidencia, habría derecho a exigirlo, lo que no es así (262).

(cont. de la pág. anterior).

quistato la cosa, poi scopertarse furtiva, da un pubblico mercante". En nota al pie, agraga: "Alcuni statuti ammettono la rivendica del derubato, ma dietro rimborso all'acquirente di buona fede del prezzo pagato (regola poi accolta dal Codice civile francese, art. 2280)". Véase también lo que decimos en supra notas 85 y 90.

- (262) Señala MONTEL, supra nota 24 (Cap.I), p.349, citando a Denisart, que. de acuerdo con el derecho común prenapoleónico, la tutela del adquirente dependía de la publicidad del lugar de adquisición. Así, se exigía que la misma tuviera lugar: "en foire ou chez un marchand, faisant trafic public de marchandises telles que la chose volée". El legislador napoleónico y el italiano de 1865

El Derecho alemán llegó a una solución distinta a la del Derecho francés. El primer Proyecto de Código civil, __ adoptó en el parágrafo 939, un derecho al reembolso en todos los casos, que fue sin embargo suprimido radicalmente _ por la segunda Comisión. Llegó a esta solución, a pesar de las numerosas enmiendas, unas ampliando y otras restringiendo aquel derecho; incluso se propuso conceder en general, _ un derecho al valor de la cosa (lo que extendería la obligación a las adquisiciones a título gratuito). Se dedujo que, el derecho de rescate equivalía a negar el derecho a la reivindicación, porque el propietario, en la mayor parte de __ los casos, preferiría abandonar la cosa, antes de "rescatarla", a menos que el reembolso fuera inferior al verdadero _ valor de la cosa, lo que daría lugar a sospechar un fraude, complicidad o encubrimiento de una sustracción, caso en el cual sería imprudente conceder el reembolso. También se alegó que, el derecho de reembolso era un rodeo más o menos explícito, con vistas a la enervación del ejercicio de la acción reivindicatoria; se contradecía completamente el principio que sirvió de apoyo para conceder al propietario, el derecho a reivindicar sus bienes. En el conflicto de intereses entre el propietario y el adquirente debía protegerse _

(cont. de la pág. anterior)

sustituyeron la frase "chez un marchand", por "acheté d'un marchand" y "acquistata da un commerciante", respectivamente, lo que demuestra que la tutela del adquirente se encuentra en función de la calidad personal del vendedor, mas que en la publicidad de la venta.

al primero; con el reembolso se le sacrificaba. Por último se sostuvo, que si ante todo se buscaba privar completamente de facilidades a los ladrones, igual rigor debía aplicarse con los encubridores, sacrificando a los terceros de buena fe que compraran en casa de un comerciante, quien podía ser un encubridor profesional, como también cuando contratan con un no profesional, a quien cabe suponer autor mismo del robo (263).

En síntesis, la Segunda Comisión. analizó el problema unilateral, desde el punto de vista del propietario, a quien le interesa sobre todo, protegerse de la sustracción o pérdida de la cosa. No se preocupó por proteger las adquisiciones verificadas en venta pública o a un comerciante, es decir, no consideró las circunstancias en que se realizó la adquisición, ni las calidades del vendedor.

Nuestro Código civil, siguió, como hemos visto, al Código Napoleón (art. 2280), y analizó el problema desde el punto de vista del adquirente, derogando el derecho del propietario a reivindicar sus bienes (art. 316 C.c.) en los casos que ya conocemos. Implica esto que en la práctica; como ha señalado Jossierand", (...) tiene que restituir con una mano lo que recibe con la otra" (264), lo que hace de hecho inoperante la denominada acción de rescate. Mantener esta

(263) Cfr. Saleilles, supra nota 7 (CAP.I), p. 206-207, a quien seguimos en lo fundamental.

(264) Supra nota 24 (CAP.I), págs. 224-225.

acción y la AND en el art. 491, en los términos en que esta última ha sido concebida, revela cierta contraposición y _ contradicción en la estructura interna de la norma. Si se _ protege a los terceros adquirentes de buena fe, bien sea en forma absoluta, con la AND, o relativa, con el derecho de reembolso, no se comprende, cómo en un caso ello obedece a la forma en que ocurrió la desposesión del propietario anterior y en el otro, a las circunstancias de la adquisición. _ Lo apropiado es que sea esto último lo que determine si se ha de proteger o no al accipiens. Con la AND no se debe pretender sancionar al propietario negligente, sino proteger _ al adquirente, que ha confiado en la apariencia de propiedad del enajenante. Solo así podemos afirmar que con la AND se busca la protección del tráfico jurídico.

Volviendo al derecho de reembolso, es importante destacar un grave inconveniente que se presenta en las regulaciones de nuestro Código civil. En detrimento de la claridad _ que ha de tener todo texto legal, el legislador patrio, en premio a la buena fe del poseedor -buena fe que se presume (art. 286 C.c.)- le ha concedido en el artículo 328 del Código citado, un derecho al reembolso del precio, en términos absolutos, es decir, permite a todo poseedor de buena fe, _ obligado a restituir la cosa a un tercero, exigirle a éste el precio pagado a su enajenante, sin contar en nada las _ circunstancias de la adquisición, ejerza o no el comercio _

el enajenante. En este sentido estipula el art. 328 citado que: "Además tendrá derecho el poseedor de buena fe a que _ el reivindicador le pague el precio que él haya dado por la cosa (...). Mientras no se le haga pago de lo que se le debe, puede retener la cosa en su poder".

No existe en el Código Napoleón, una obligación de este tipo, que hubiera servido de inspiración a nuestro legislador, que aparentemente, improvisó en este punto y lo hizo con desacierto.

Con aplicar el art. 328 C.c., desaparece la acción reivindicatoria en toda su extensión, salvo si el poseedor fuera de mala fe, la que debe ser probada por el demandante, _ por tener el poseedor la presunción de buena fe en su favor (art. 286 C.c.), que resulta difícil de destruir.

La situación es ambigua; por una parte los arts. 316 y 481 C.c., permiten la reivindicación; en términos generales el primero, en casos particulares, el segundo. El art. 328 citado, y aún cuando alude al "reivindicador", implícitamente rechaza la acción reivindicatoria, al exigir en toda caso de posesión de buena fe, la obligación del reembolso, _ con derecho a retener la cosa, mientras no se haga. Y procede esta exigencia, no obstante el poseedor hubiera adquirido la cosa mediante una transmisión diversa de la compraventa, al no hacer el art. 328 C.c., ninguna distinción en ese sentido, con lo cual se diluye toda posibilidad de ver en _

el art. 328 C.c., una confirmación de lo dispuesto por el _ art. 481-III C.a., haciendo también indistintición aquel artículo, entre muebles e inmuebles, lo que revela una mayor amplitud, en relación con el art. 481 C.c.

A fin de solucionar esta antinomia, es indispensable _ la intervención del legislador, suprimiendo lógicamente la obligación de reembolso del art. 328 C.c. Si bien se hace _ necesario proteger a los adquirentes, ello no puede ser en términos tan absolutos como lo sería con aplicación del art. 328, si conforme al mismo Código, el propietario tiene derecho a reivindicar sus bienes (art. 316 C.c.). En materia mobiliaria, es así al menos en algunas hipótesis. El derecho de reivindicación se puede restringir, pero mientras la ley lo prescriba no se puede coartar en la forma que lo hace el art. 328 C.c. Si la buena fe del poseedor debe ser recompensada es suficiente con permitirle reclamar una indemnización por las mejoras realizadas en la cosa, pero no que pueda _ enervar el derecho que claramente le concede la ley al propietario, -que igualmente es de buena fe-, para reivindicar sus bienes (265).

(265) Refiriéndose al art. 328 C.c., SOTELA MONTAGNE, supra nota 245, p.69, hace las siguientes observaciones: _ "Esta disposición en los términos absolutos en que está concebida es errónea.

Sólo podría admitirse en cierto modo tratándose de muebles perdidos o robados (sustraídos) que un tercero hubiese adquirido en venta pública o feria, o de _ un mercader que venda cosas semejantes.

Dícese en cierto modo, porque, realmente en esas _ hipótesis lo que se ejerce es el derecho de retracto no el de reivindicación.

La única obligación de reembolso que debe admitirse es la del art. 481-III C.c. Si el tercero encuentra una protección del calibre de la AND, una de menor jerarquía, como lo es el derecho de reembolso, debe ser también posible, pero no si con ella se entorpece radicalmente el derecho de reivindicación que la ley concede al propietario, como sería con aplicación del derecho de reembolso del art. 328, el cual por lo tanto, debe ser derogado.

(cont. de la pág. anterior)

Pero es indudable que el artículo citado (art. 328 C.c.), no alude a tales casos porque en esta materia trata en especial el art. 481 ibidem. Exigir al propietario que satisfaga el precio que la persona de quien reivindica haya dado a un tercero, por lo que es de él, sería anular en realidad el derecho reivindicatorio que es uno de los atributos más importantes del dominio. Sobre este tema en el Derecho francés, nos da cuenta LAURENT, supra nota 129 (Cap.I), p. 604, manifestando que: "Celui qui revendique ces objets volés ou perdus contre tiers possesseur doit-il rembourser à celui-ci le prix qu'il a payé? La négative est certaine; elle résulte du texte de l'article 2280; aux termes de cette disposition, le propriétaire revendi quant n'est obligé de rembourser le prix que le possesseur évincé a payé que dans les cas où celui-ci l'a achetée dans une foire, ou dans un marché, ou d'un marchand vendant des choses pareilles. Si l'achar a eu lieu dans toutes autres circonstances, le possesseur actuel n'a droit à aucune indemnité. Rien de plus juste au point de vue du droit strict. Le propriétaire qui revendique sa chose n'est tenu à rien à l'égard du possesseur qui ne peut invoquer aucun titre; or, dans l'espèce, le défendeur n'a aucun titre. Il est vrai que sa position est dure; mais, même en équité, la rigueur de la loi se justifie très-bien. La situation du propriétaire est plus favorable que celle du possesseur; d'ordinaire c'est par un crime qu'il est dépouillé de sa chose, il n'y a rien à lui reprocher; tandis que le possesseur est en faute de ne s'être pas enquis de la condition et de la moralité du vendeur; il achete le plus souvent la chose au-dessous de sa valeur; raison de plus pour éveiller le soupçon et le doute, et dans le doute, il aurait dû s'abstenir".

Conforme a los arts. 1034, 1038 y 1039 C.c., el adquirente obligado a restituir la cosa a su propietario, tiene derecho a exigir a su causahabiente una indemnización por haber sido desposeído de la cosa, por razones que desconocía. Se plantea la duda, si el enajenante, obligado a hacer efectiva la garantía de evicción, puede excepcionarse al menos parcialmente y en lo que concierne al precio percibido, alegando el derecho del poseedor a cobrar el reembolso. Creemos que el poseedor-demandado, puede, indistintamente, exigir el reembolso del precio o la indemnización a su enajenante; exigir el reembolso es un derecho y no una obligación a su cargo. Si lo exige, siempre tendrá ciertos derechos en relación con su causahabiente, v.g. exigirle los gastos y costos legales del contrato y los de la demanda principal y demás extremos que señalan los arts. 1038 y 1039 del Código civil.

Aunque el art. 481 C.c., omite hacer referencia al respecto, mientras no le sea hecho el reembolso del precio, entendemos que puede retener la cosa en su poder (266).

(266) De acuerdo con los principios que regulan el derecho de retención, éste puede ejercerse siempre y cuando la cosa se mantenga en posesión del demandado". En este sentido véase a LOPEZ LOPEZ, M., en su elaborada monografía: Retención y mandato (studia Albornotiana, Bologna, 1976), p. 21 y ss. Para CARBONNIER, supra nota 13 (CAP.I), p. 475, si el robado ha recuperado la cosa por intervención de los jueces penales, el tercer adquirente no podrá exigir el reembolso, lógica consecuencia de lo dicho hace un momento. Estima KUMEROV, supra nota 21, p.81, que la renuncia del derecho de retención y por consiguiente del reembolso, tiene lugar: "a) En la hipótesis de entrega voluntaria (...),

El poseedor demandado debe ser de buena fe para tener derecho al reembolso (267). Y si el adquirente ha procedido con culpa grave al realizar la adquisición, como si fuera _ de mala fe, no debe tener ese derecho (268); independientemente de la creencia del adquirente de estar tratando con _ el propietario de la cosa, el art. 481-III C.c., exige que la venta se realice con las formalidades usuales, para que el accipiens obtenga el privilegio de comentario.

¿Puede el poseedor-demandado, exigir el reembolso del precio, si su adquisición la afecta un vicio de nulidad?

Al referirse el art. 481 C.c., a que la venta debe realizarse con las formalidades usuales, a fin de exigir el _

(cont. de la pág. anterior)

de la cosa al legítimo activo, b) En la hipótesis de ejecución de un acto decisorio jurisdiccional, si oportunamente no se hace valer el derecho en virtud del reconocimiento implícito del dominio pleno adscrito al patrimonio del actor".

(267) Refiriéndose a la venta pública, SCAEVOLA, supra nota 32 (CAP.I) p. 601, ha dicho que: "La venta pública no es piscina probática que purifique las faltas de un _ origen punible. Es menester que le acompañe una honesta intención; que el tenedor adquirente lo sea de buena fe. Entendemos que si el comprador adquiere la cosa robada o sustraída con plena certidumbre de la procedencia viciosa de la misma, y así se prueba, no gana el derecho al reembolso del precio, en caso de reivindicación".

(268) Igualmente, como ha sostenido KUMMEROW, supra nota 21 p. 81, el derecho de reembolso carece de fundamento _ cuando -por error- el poseedor crea haber comprado la cosa de un comerciante que venda objetos semejantes, _ en feria o mercado. La creencia del accipiens no se _ valora; la ley impone taxativamente, los casos en que el reembolso del precio procede.

reembolso, no alude a los elementos intrínsecos del contrato, los que de por sí se sobreentienden indispensables. Esas formalidades son más bien las establecidas por los usos y costumbres, de acuerdo con el objeto de la venta y el lugar en donde se verifica.

Creemos que solo una adquisición normal puede procurar al demandado el derecho de exigir el reembolso del precio. Si se encuentra afectada por un vicio de nulidad, el precio que ha pagado debe exigirlo a quien lo recibió y no al propietario que reclama la cosa. Pero mientras la nulidad no se declare judicialmente, el propietario se encontrará obligado al reembolso. Como tercero interesado, creemos que el dominus, está legitimado para pedir la declaratoria de nulidad (art. 837 C.c.), exigiendo simultáneamente y una vez rescindido el negocio, la restitución de la cosa, pues ésta vuelve entonces al enajenante (art. 844 C.c.), quien se encuentra obligado a la restitución de la cosa sustraída o perdida por el propietario.

Una transmisión "solo consensu" no puede dar lugar al reclamo del reembolso del precio, que creemos solo posible en la medida en que el demandado sea poseedor material de la cosa, y pueda entonces ejercer un derecho de retención en la misma (v. supra nota 266) (269).

(269) Son de otra opinión los H. MAZIAUD, supra nota 12 (Cap. I), p.272, para quienes el crédito no se extingue cuando desaparece su garantía. Pero si el propietario ha recobrado legalmente lo que es suyo, es irracional que realice entonces el reembolso.

Conforme lo expusimos en supra página 160, cabe la posibilidad de quien exija la restitución de la cosa, no sea el propietario, sino un poseedor alieno nomine, despojado _ involuntariamente de ella. Naturalmente, el tercero de buena fe tendrá derecho a exigirle el reembolso del precio, al estar el demandante en una posición equiparable a la del _ propietario, desde el punto de vista del adquirente demandado. En la práctica, esta acción de rescate ejercida por un no propietario es remota. Si el mismo propietario, normalmente no tendrá interés en incoarla, con mayor razón quien no lo sea, pues antes de pagar el precio de la cosa, sabiendo que no la está rescatando para sí, preferirá comprar otra a menos que el precio a reembolsar fuera ínfimo en relación con el verdadero valor de la cosa o si v.g., el precio pactado no hubiese sido pagado sino en parte, la cual es la _ única reembolsable (270).

El derecho de reembolso corresponde sólo a quien efectivamente haya adquirido la cosa en venta pública, feria o a un mercader que vende cosas semejantes. Un adquirente que no lo haya hecho, no puede invocar, si se le exige la restitución del objeto, una adquisición anterior, realizada en _ esas circunstancias, con la finalidad de ser reembolsado _ del precio que pagó a su enajenante (271).

(270) Cfr. KUMMEROW, supra nota 21, p.77, para quien lo apropiado es reservar esta acción para el propietario.

(271) El Código civil suizo, en su art. 934, ha llegado a _ otra solución, disponiendo que: "Cuando la cosa ha sido adquirida en pública subasta, en un mercado o de _ un mercader de objetos de la misma especie, no podrá

Por excepción, creemos que, el acreedor pignoraticio, cuyo crédito se encuentra garantizado con una cosa sustraída o perdida por un tercero, puede ejercer su derecho de __ prenda sobre el precio reembolsado o a reembolsar, al haber sido adquirida la cosa empeñada y ahora reclamada, en feria venta pública o a un mercader que vende cosas semejantes __ (272), por el pignorante. Siguiendo la letra del art. 481-II C.a., solo tiene derecho al reembolso, quien adquirió la co sa mediante el contrato de compraventa y no quien lo hizo _ por otro medio (273).

(cont. de la pág. anterior)

- la cosa ser reivindicada ni contra el primer adquirente ni contra otro de buena fe, sino a condición de reembolsarle el precio que hubiere pagado por ella".
- (272) Cfr. KUMMEROW, supra nota 21, p.63. Refiriéndose al acreedor pignoraticio, MAIORCA, supra nota 224, p.484 afirma que: "(...) potrà opporre al proprietario rivendicante tutte le ragioni ed accezioni che competono al suo autore, e quindi anche la circostanza che il pignorante comperò la cosa rubata in borsa o da un commerciante: così potrà far valere il suo diritto di pegno sul prezzo che il proprietario rivendicante deve rimborsare". En contra Papa (citado por Maiorca, ob. cit., p. 484), para quien si el propietario reivindica la cosa del acreedor pignoraticio, (...) questi, il quale deriva il titolo del suo possessore dal pegno e non dalla compravendita, e per di più non in fiera, pubblico mercato ecc., ma soltanto nella condizione di qualsiasi possessore di cose rubate o smarrite, obbligato, ai termini dell'arts. 708 (CCI derogado), all'immediata restituzione".
- (273) A esta solución ha llegado la Corte de Casación francesa. Véase la sentencia de 11 de mayo de 1898, citada por H. MAZEAUD supra nota 12 (CAP.I), págs. 257-272 que ordenó al acreedor pignoraticio la restitución de la cosa que retenía, rechazando su pretensión, de previa entrega del reembolso a que tenía derecho el pignorante. Opinan distinto PLANIOL y RIPERT, supra nota 8 (CAP.I), p.343. Quienes además observan que, en caso de restitución de un bien de dominio público, el reembolso es improcedente.

C) Nuestra jurisprudencia se ha manifestado en varias ocasiones sobre la acción de rescate. Lo ha hecho directamente solo en relación con la obligación de reembolso exigida por el artículo 328 C.c. (274) y en forma unánime la ha rechazado. Como sabemos, dicho numeral no distingue entre muebles e inmuebles, pero nuestros tribunales solo han tenido oportunidad de pronunciarse, respecto a estos últimos, aunque no por eso pierden interés, las sentencias a que seguidamente nos referimos.

La primera sentencia de Casación que se refiere a este tema, o al menos de que se tiene noticia, data del 16 de agosto de 1895. Ya en el fallo de primera instancia se hizo ver la problemática que significaba conceder al demandado el derecho de reembolso estipulado por el art. 328 C.c. En este sentido resolvió que: "(...) injusto sería el fallo que impusiere al actor la obligación de reembolsar al demandado del precio de la finca que pagó a un tercero, porque ello sería obligarle a pagar dos veces y devolver lo que no ha recibido; sería reconocer un gravamen tácito sobre un derecho real que según aquel Registro (Registro Público de la Propiedad), está libre; y por último, se haría extender los efectos de los contratos a personas que no han intervenido

(274) Una referencia indirecta al reembolso del art. 481, en la sentencia N° 390-1974 de la Sala 2ª Civil.-----
Estimo procedente el reembolso del precio solo en materia de muebles y en los casos indicados en el art. 481 C.c.

en ellos contraviniendo a la disposición del artículo 1025" (según la cual, los contratos solo producen efectos entre las partes y no perjudican ni aprovechan a terceros).

La Sala de Casación, abundó en más razones, al considerar que: "(...) la regla que contiene (el art. 328 C.c.) de que el poseedor de buena fe tendrá derecho a que el reivindicador le pague el precio que haya dado por la cosa no tiene aplicación en la especie, pues se trata de un tercero poseedor que adquirió el inmueble de otra persona distinta del reivindicador, y la regla sólo puede referirse a los casos en que el propietario que trata de reivindicar su cosa haya sido el enajenante, como sucede en las rescisiones, anulaciones y resoluciones de los contratos en que por un motivo legal se rescinde, anula o resuelve la obligación y las cosas vuelven al estado que tenían antes, en los cuales el enajenante reivindicador debe devolver el precio que recibiera del adquirente o poseedor y éste la cosa que obtuvo de aquél.

Que si esta primera parte del artículo 328 hubiera de entenderse como lo pretende el recurrente, resultaría el absurdo de que el propietario tendría que devolver el precio de su cosa que no ha recibido y pagarlo tantas veces cuantas fuera necesario reivindicarla de un poseedor extraño que la adquirió de otra persona a quien pagó su valor, y además esta doctrina estaría en abierta contradicción con

lo dispuesto en el artículo 1038 ibidem (que establece la _
garantía por evicción) (...)".

En términos semejantes se pronunció la sentencia de Ca
sación del 30 de octubre de 1907, al afirmar que: "(...) el
artículo 328 del Código civil ha sido mal aplicado (...) _
porque solo puede serlo al caso en que el reivindicador ha-
ya recibido, en algún concepto, el precio que el poseedor _
haya dado por la cosa, -ya que de otra manera estaría en _
contradicción manifiesta con el art. 1038 del mismo Código,
y con los principios cardinales del derecho que fijan el ca
rácter y las atribuciones de la propiedad privada" (275).

El principal argumento para rechazar la aplicación del
art. 328, ha sido y es, el considerarlo aplicable solo en--
tre partes y no entre terceros, lo que carece de todo funda
mento.

Al estimarse que el reivindicante debe ser el enajenan
te del poseedor, para que sea procedente el reembolso del _
precio, se confunden la acción reivindicatoria con la reso
lución y la rescisión contractual. Cuando se reivindica una
cosa, es porque el demandante no ha dejado de tener derecho

sobre ella, de la que ha sido desposeído contra o sin su vo
(275) Esta sentencia y la anterior han marcado la pauta en
esta materia, siendo reiteradas en bastantes ocasiones.
Véase en el mismo sentido, las sentencias de Casación
de 10:15 hrs. del 17 de Mayo de 1939; 14:30 hrs. del
11 de Julio de 1941; 15:30 hrs. del 6 de Julio de 1949
Nº 52-1956 y la citada Nº 390-1974 de la Sala 2ª Civil
todas en relación con inmuebles.

luntad, mientras que quien gestiona la rescisión o resolución de un contrato de transmisión, para lograr que la cosa le sea restituida, está en una situación muy diferente: no conserva ya el derecho sobre ella, de la cual se ha despo-- seído voluntariamente. En un caso la acción se dirige con-- tra un tercero, en los otros, contra quienes recibieron la cosa del propietario. Al aludir el art. 328 C.c., al "rei-- vindicador", es evidente que no se quiere referir al enaje-- nante, pues no se puede admitir en el Código una confusión de términos de ese calibre, sobre todo cuando el art. 328 _ se ubica en el Libro Segundo, "De los bienes", en la sección denominada: "De los derechos de restitución e indemnización" cuyo artículo inicial (art. 316), establece el derecho de _ todo propietario a reivindicar sus bienes, desarrollándose sucesivamente lo relativo a los derechos y obligaciones del demandado en la acción reivindicatoria, hasta llegar al art. 328, que señala los derechos del poseedor de buena fe, natu-- ralmente en relación con el reivindicante. Lo relativo a las acciones contractuales se encuentra regulado en el Libro III "De las Obligaciones" (arts. 692 y ss.) y en el Libro IV, _ referido a los contratos. Observemos también que el art. 328 de comentario, establece la obligación de reembolso en tér-- minos de "pagar" al demandado, el precio que él pagó a su _ vez al enajenante. Se "paga" por una cosa que se está adqui-- riendo o "readquiriendo", en el caso concreto; pero no se _

"paga" a cambio de una respecto de la cual, quien la entrega, la está simplemente restituyendo por decisión judicial, como ocurre cuando se rescinde o resuelve un contrato el _ precio de la cosa, se "restituye"; no se da en pago (v. art. 844 y ss.)

En síntesis, la interpretación es única, en el sentido de que el precio a reembolsar por parte del actor, es el pagado por el demandado a un tercero que había sido su causa-habiente (276).

II- Responsabilidad del enajenante con el propietario anterior.

1.- Si el propietario no triunfa en su acción contra _ el adquirente, puede dirigirse contra el precio percibido _ por el enajenante (277), fundado en su enriquecimiento in--

(276) Refiriéndose a la posición jurisprudencial, SOTELAMON TAGNE, supra nota 245, págs. 69-70, ha expresado que: "La interpretación es ingeniosa y hasta plausible, por que da un sesgo inofensiva a una disposición impropia pero contraria a la ciencia del derecho. En los casos a que se refiere la aludida resolución (sentencia de 16 de agosto de 1895, citada anteriormente en el texto), no se ejercita, en efecto la acción reivindicatoria, que es real. sino las de rescisión, de nulidad o de resolución que son personales. Tanto es así, que en estas hipótesis la demanda solo puede dirigirse contra la persona con quien se contrató, que es la nota característica de la acción personal.

Cuando se rescinde, anula o resuelve un contrato, _ las cosas que fueron su objeto, vuelven a sus respectivos dueños, simplemente, por faltar ya la causa jurídico en virtud de la cual salieron de su poder; y _ así, el vendedor recobra la cosa que vendió y el comprador el precio que dió por ella, sin que haya rei--vindicación de ningún género, en el sentido técnico _ de la palabra".

(277) Cfr. TALON MARTINEZ, supra nota 99 (CAP.I), p.377. El parágrafo 816-I del BGB, acoge expresamente esta acción.

justo, o bien subrogarse en las acciones correspondientes para el reclamo del precio al adquirente, si no lo hubiese pagado (278), o si lo pagó parcialmente. El tradens de mala fe se encontrará siempre obligado a resarcir al propietario todos los daños causados y sus respectivos perjuicios (art. 702 C.c.)

En caso de doble enajenación de una misma cosa a adquirentes paralelos, se debe observar que, el adquirente afectado con la adquisición de un tercero, no podrá exigirle a su enajenante el cumplimiento contractual, a lo que normalmente se puede coaccionar, conforme al art. 692 C.c. (279). La razón de ello radica, en no haber adquirido el perjudicado el derecho en la cosa, sino antes bien el tercero. Conserva únicamente acciones personales contra su supuesto enajenante, pudiendo dirigirse contra el precio que ha percibido por la enajenación paralela, o contra el tercero, si como segundo o sucesivo adquirente era de mala fe, en cuyo caso no se ha convertido en propietario. Puede también subrogarse en las acciones que tenga el enajenante contra el tercer adquirente y en fin, exigirle el pago de los daños y —

(278) Cfr. SANCHEZ VELASCO, H. Los artículos 464 y 1955 y el principio de que en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título, en revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1942, p. 319.

(279) Este artículo dispone que: "En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios".

perjuicios causados (280).

Además de esta responsabilidad civil del enajenante de mala fe, incurrirá en responsabilidad penal ya sea por el _ delito de apropiación indebida (art. 223 C.Pen.) o por esta fa (art. 216 C.Pen.), y en su caso por hurto o robo (arts._ 208-213 C.Pen.). La responsabilidad civil y penal recaerá en el non dominus, bien por enajenar la cosa, como por cons_ tituir un derecho real limitado sobre la misma.

2.- Por el contrario, si el tradens ha sido de buena _ fe, estará exento de responsabilidad penal, pero si tuvo _ una actuación imprudente al enajenar la cosa, estará obliga_ do al pago de los daños y perjuicios que causara al propie_ tario.

Como poseedor de buena fe del objeto, durante el tiem_ po que la poseyó, tendrá derecho a los extremos que por ese hecho la ley permite reclamar, a menos que se hubiera apode_ rado de la cosa, pues a pesar de su buena fe, obtuvo la po_ sesión antijurídicamente, lo que no puede depararle protec_ ción legal.

Si el tradens entró en posesión del objeto, sin reali_ zar un desembolso económico, al percibir un precio por la _ sucesiva enajenación, se enriquecerá injustamente. Creemos

(280) Véase en este punto a MOLINA, supra nota 210, p. 310.

que por este motivo el propietario, que no se pudo satisfacer en el enfrentamiento con el accipiens, puede dirigirse contra el precio recibido por el enajenante de buena fe ____ (281).

III- Responsabilidad del enajenante con el adquirente.

El art. 1034 C.c., estipula lo siguiente: "Todo aquel que ha transmitido a título oneroso un derecho real o personal, garantiza su libre ejercicio a la persona a quien lo transmitió".

El adquirente, obligado a restituir la cosa a su legítimo propietario, con base en este artículo, tiene derecho a exigirle a su enajenante una indemnización, que cubra, entre otros extremos, el valor que la cosa tenga al tiempo de la evicción, si el enajenante era de buena fe (art. 1038 C.c.), y la restitución del precio íntegro pagado o el valor de la cosa, si era de mala fe (art. 1039 C.c.). Lo anterior a menos que el adquirente que adquirió la cosa eficazmente renuncie a ella y la entregue al propietario perjudicado. El enajenante estará obligado a la restitución del precio, por haber estado el renunciante en capacidad de rechazar la reivindicación (282).

(281) Cfr. TRAVIESAS, supra nota 164 (CAP.I), págs. 202-203.

(282) Cfr. GENTILE, supra nota 16, p.259, quien señala además que el renunciante no puede tampoco resolver el negocio en base a haber adquirido una cosa ajena. Véase otra opinión en supra nota 83.

Nos surge la inquietud acerca de la procedencia o no _ de la reclamación que haga a su enajenante, el adquirente _ vencido en juicio por un tercero, que demostró su mala fe _ al momento de adquirir la cosa ajena. Si se adquiere una co _ sa ajena a sabiendas de que es así, se admite el riesgo de un despojo eventual y si asún entonces se hace pago de un _ precio al enajenante, se acepta en el fondo el riesgo de _ perder la suma pagada. Desde este punto de vista carecería de fundamento el reclamo contra el enajenante por la evic-- ción sufrida, y aunque éste haya sido de mala fe.

Pero quizá más importante sea evitar el enriquecimien-- to injusto del enajenante, sobre todo si a su vez era tam-- bién de mala fe. Creemos que en este caso no debe permitir-- se el enriquecimiento de quien era poseedor alieno nomine y enajena la cosa con dolo; no se le debe permitir sacar pro-- vecho de su dolo; el adquirente, aún sea de mala fe tendrá derecho a la reintegración del precio pagado, pero no de _ los demás extremos que señala el art. 1039 C.c. (gastos del contrato y de la demanda principal, indemnización por los _ frutos resituídos al tercero, etc.)

Si el enajenante ha sido de buena fe, a pesar de no ha _ ber realizado ningún desembolso para poseer la cosa, v.g. _ por ser el heredero del depositario, no creemos que se en-- cuentre obligado a indemnizar el adquirente de la res depo-- sita, por la reivindicación del depositante. La razón de _

ella radica en la mala fe del accipiens que al adquirir la cosa, asumió el riesgo de la evicción y si pagó al enajenante, no ignoraba que pagaba a un titular aparente, quien por lo tanto no se enriquecería injustamente, sino con la aceptación del adquirente de mala fe.

De acuerdo con lo dicho en supra página 315, el adquirente a non domino de buena fe del derecho de prenda, obligado a restituir la cosa, sustraída o perdida anteriormente por un tercero, podrá ejercer su derecho de prenda sobre la suma reembolsada al pignorante, si la cosa empeñada y ahora restituída, se adquirió por éste, en feria, venta pública o a un mercader que vendía cosas semejantes.

IV- Responsabilidad de los poseedores intermedios.

Los poseedores intermedios, pueden ser compelidos al pago de una indemnización. En términos generales, la responsabilidad de los mismos puede surgir en relación, tanto con el propietario anterior, afectado con la AND de un tercero de buena fe, como con respecto a este último, obligado a restituir la cosa a un propietario anterior, o bien en relación con otro poseedor intermedio, v.g. con el propio enajenante del accipiens que ha sido demandado por el propietario de la cosa.

En todos estos casos, los poseedores intermedios estarán obligados con sus adquirentes y tendrán derecho, respec

to a sus propios enajenantes, al pago de una indemnización por cualquier suma que deban resarcir, a cualquiera de los otros implicados que mencionados arriba, sin perjuicio -mutatis mutandi- de lo dicho en el punto anterior, en caso de ser de mala fe el adquirente y si también lo era su enajenante. Teóricamente, la cadena seguirá hacia atrás hasta __ llegar a quien hizo la sustracción, realizó la estafa o se apropió indebidamente de la cosa.

El art. 431-III C.c., concede a quien ha hecho el reembolso de precio al poseedor, una acción para exigir el valor de la cosa a cualesquiera de los otros poseedores intermedios, respecto de quienes hubiera sido eficaz una acción reivindicatoria. Esta acción, en esos términos, es inapropiada. El dominus tiene derecho a exigir únicamente la suma __ reembolsada al demandado y no su valor; se enriquecería injustamente si el valor de la cosa es superior al precio reembolsado, pero tampoco tiene porqué recibir una indemnización inferior al reembolso hecho, si el valor de la cosa fuera __ inferior al mismo.

Al reclamo de la indemnización contra un poseedor intermedio es procedente a pesar de que éste haya adquirido __ la cosa en un establecimiento mercantil, si era de mala fe o la compra no tuvo lugar en las condiciones señaladas en __ el art. 449 del Código de Comercio, toda vez que entonces __ sería procedente contra él la acción reivindicatoria, lo que

de acuerdo con el art. 481-III C.c., abre la vía para reclamar la indemnización. Por el contrario, si el poseedor intermedio adquirió de buena fe la cosa sustraída o perdida, ya sea en una feria, en venta pública o a un mercader que vendía cosas semejantes, no se encuentra obligado a una indemnización con el reembolsante, pues respecto a él no hubiera sido eficaz una acción reivindicatoria, sino una de "rescate".

CAPITULO TERCERO

LA BUENA FE

SUMARIO: Premisa. I.- Orígenes de la buena fe del adquiriente a non domino. II.- La polémica doctrinal en la interpretación del concepto de "buena fe". III.- Aplicación de la buena fe definida en el art. 285 C.c. IV.- Buena fe y apariencia: 1) Elementos integradores de la apariencia jurídica; -- 2) Apariencia y posesión; 3) La apariencia jurídica es de titularidad de un derecho real. V.- Adquisición mediante mandatario. VI.- Relación de la culpa con la buena fe. VII.- La culpa grave impide la adquisición a non domino; sus repercusiones penales. VIII.- Metodología valorativa de la culpa. - IX.- Buena fe y duda; metodología valorativa de la duda. X.- Momento de la buena fe. XI.- La presunción de buena fe; nuestra opinión.

PREMISA

Para una plena visión del particular efecto adquisitivo de la máxima: "En bienes muebles, la posesión equivale al título", consagrado en nuestro art. 481, tantas veces citado, no puede faltar en este estudio, un análisis del elemento -- "buena fe", introducido durante la formación de la máxima, -- por influencia del Derecho romano.

Si conforme a los fundamentos históricos que inspiran -- aquel principio, no nos es posible afirmar que la buena fe -- del accipiens, sea la razón de ser de la AND, la tendencia es proteger esa confianza demostrada por él, aún cuando sea en función de la apariencia jurídica del enajenante. En otras -- palabras, se ve en la AND, un especial efecto de la apariencia jurídica del tradens, de la cual es imposible desligar --

el factor "buena fe" de quien confía en esa apariencia, sin la cual ésta se destruye. En la medida en que la adquisición descansa en la apariencia jurídica del enajenante, se protege a quien deposita su confianza en ella.

La buena fe del adquirente es esencial en la solución del conflicto de intereses con el propietario desposeído, pero a la vez, elemental; no procede, ni es racional, proteger a quien obra sin ella, de cuya existencia no debe haber duda alguna. Por este motivo, ofrece grave inconveniencia a nuestro juicio, presumir, en este caso concreto, la buena fe -- del adquirente, presunción, que si hemos de ser realistas, oculta, con relativa facilidad, su dolo. El reivindicante -- es la regla--, es quien debe probar su mala fe o culpa grave, lo que por lo general es difícil, si no imposible, siendo -- por el contrario, más accesible para el adquirente, la prueba de su buena fe, al menos indiciariamente. Ante esta disyuntiva, en equidad, debe ser este último quien fije los motivos de su buena fe.

En este capítulo final, hacemos un recorrido por éste y otros aspectos destacados en la teoría de la buena fe, con referencia también, a normas del Código civil costarricense, que expresamente exige la buena fe al accipiens, al menos en el caso de realizarse la AND, bajo el título de compraventa (art. 1065 C.c.). La buena fe del adquirente, concluimos, -- coincide con la buena fe posesoria definida en el art. 285 - C.c. y por tanto, es aplicable en la AND, lo que dispone este

numeral cuando señala que no se tendrá como de buena fe a -- quien el momento de entrar a poseer la cosa debió dudar so-- bre si tenía derecho a poseer; con mayor razón, no se tendrá como de buena fe, a quien incurrió en culpa grave, o posibi- lidad de no ignorar que no tenía derecho a poseer, que en la especie, sería por no haber debido ignorar que el tradens no era titular de la cosa.

Como hecho intelectual, la buena fe no es incompatible con la culpa, sin embargo, no se puede dejar impune un com-- portamiento culposo, si es grave. La buena fe se funda en la apariencia de titularidad del enajenante. Esta apariencia no puede encasillarse en un esquema predeterminado y rígido, si no que se desplaza entre dos extremos: uno material y objeti- vo y otro ubicado en el plano intelectual del adquirente. - Dependerá de cada individuo deducir de unas determinadas cir- cunstancias, la credibilidad de tratar con el titular de la cosa. No es indispensable por ejemplo, la posesión material de la cosa por parte del enajenante, y ni siquiera que sea - poseedor del objeto, sobre el cual se puede aparentar propie- dad por otros medios, los que no necesariamente, deben dar - lugar a la culpa grave del accipiens, en especial, si consi- deramos que, por exigencias de la vida moderna, necesitamos poseer bienes ajenos en muchas ocasiones, de manera que es - normal, encontrar que el enajenante que se dice propietario de un determinado bien, no lo tenga en sus manos, sino que -

se encuentra en las de un tercero, que en el caso, no tiene ninguna relación con aquél, pero que lo entrega al adquirente, quien no sospechará adquirir de un *nom dominus*.

I.- Tratar el tema de la buena fe del adquirente a non domino, hace forzosa una remisión a sus fuentes y con ellas al Derecho romano:

En términos generales, la buena fe romana, es ante todo y sobre todo, dice Gómez Acebo (1), "(...) un resorte técnico para llenar las lagunas o corregir las injusticias inevitables en todo sistema centrado en el formalismo jurídico" - (2).

(1) GÓMEZ ACEBO, supra nota 106 (CAP. I), p. 104.

(2) Más ampliamente indica GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, supra nota 72 (CAP. I), p. 332, que: "En los regímenes primitivos, en que el derecho es esencialmente formal y en que al hacer la Ley se rompen los moldes, la vitalidad, de estos principios (se refiere a la equidad, usos, buena fe, *boni mores*, etc.) es necesaria. Y por ello tales principios vuelven a la vida, al margen de la Ley luchan con ella, y la vencen. Este fenómeno se dio en Roma de modo ostensivo.

Las Doce Tabas, fuente ordinaria escrita del Derecho-romano, pertenece a su época primitiva. Ni aún su data histórica se sabe ciertamente. En ellas se regulan las relaciones jurídicas con la simplicidad que corresponde a la sencillez y contadas vicisitudes del tráfico de una aldea. Pronto se hicieron viejas.

De la Roma Ciudad a la Roma Imperio hay un enorme ciclo de evolución y transformación. La inflexibilidad de las Doce Tabas, que formalmente no se abolieron nunca, chocaba con la nueva vida, que no podía quedar como un régimen de hecho. Había que arbitrar remedios jurídicos. Y de aquí que toda la historia del Derecho romano sea un múltiple e inteligente esfuerzo para suplir las deficiencias del Código fundamental, sin derogarlo, y para que las relaciones jurídicas encuentren reglas justas y adecuadas. La *interpretatio*, el *jus gentium*, el Derecho pretorio, etc. llegan a tener una densidad mayor que las Doce Tabas y que las demás fuentes del Derecho escrito. A través de estos instrumentos actúan toda esa se-

La "bona fides romana", es un concepto ético y moral (3) que incluso fue revestido de un contenido religioso (4), al tener la sanción a la mala fe ese carácter.

En su sentido originario, la "fides" expresaba la idea de tener fe o confianza en algo o en alguien (5), impuesta por un principio de "fidelidad", considerado el fundamento natural de la vida en colectividad (6), que determinó la formación de varias figuras jurídicas, entre ellas la fiducia(7).

Con la palabras "fides", se expresaba esa confianza o creencia, respecto de la cual la "bona fides" no es más que una especificación (8). Esta última expresión llegó a esumir diversos sentidos; fundamentalmente se distinguió entre "bonae fidei possessor" y "contractus bonae fidei" (9).

(Cont.de la pág. anterior)

rie de principios vitales a que antes eludíamos".

(3) GOMEZ ACEBO, supra nota 106 (CAP.I), p. 104.

(4) DE LOS MOZOS, supra nota 109 (CAP. I), P. 22

(5) Cfr. GALLARDO, A., Fe pública y seguridad jurídica publicado en Anuario de Derecho civil, 1949, p.74.

(6) Cfr. DE LOS MOZOS, supra nota 109 (CAP.I), p.22. Para -- GONZALEZ RODRIGUEZ, supra nota 72 (CAP.I), p. 333, la buena fe tuvo su asiento no sólo en la lealtad y honradez, sino además se entronca con la equidad y las buenas costumbres.

(7) Cfr. MOLLEDA,., La presunción de buena fe en Estudios de Derecho privado (Ed. Rev. de Der. Pri., Madrid, 1965), - p. 188.

(8) Cfr. AMOROS, supra nota 64 (CAP.I), p. 213; ALAS, supra nota 5 (CAP.I), p. 122.

(9) Cfr. VON THUR, A., La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual, en la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1925, p. 338. Sobre estas variaciones observa MOLLEDA, ob. cit., p. 188, que: "Conservando el propio dato común de recurso técnico-moral de adaptación a la realidad cambiante, la fides romana cobra ulteriormente dos -

Interesa referirnos aquí únicamente a la "bonae fidei--possessor" y concretamente a la buena fe en la usucapión, de la cual deriva la buena fe del adquirente a non domino, como señalamos en supra página 21, y a lo cual se debe que entonces dijéramos que, desde un punto de vista técnico-jurídico, la máxima, "En muebles, la posesión equivale al título", es el producto combinado del Derecho germánico y romano. La --aportación de mayor importancia de este último, ha sido precisamente, la buena fe que se exige al accipiens.

(Cont. de la pág. anterior)

nuevos sentidos, dentro de los cuales se la califica ya de "bona". Un nuevo sentido, coincidente con la aparición de los contratos meramente consensuales, es el de la buena fe como norma de contenido moral que tiene valor integrativo e interpretativo para las relaciones jurídicas; y responde a la idea genérica y abstracta de --lealtad, estando equiparada la buena fe en definitiva, a la conducta del hombre honesto, con arreglo a uno de los praecepta iuris-honeste vivere- de Ulpiano. En su otro --sentido, dentro del Derecho romano desarrollado, la bona fides adopta matices psicológicos y concretos, siendo referida a cada sujeto determinado y equivaliendo, en definitiva, a la ausencia de malicia o dolo, a la honrada --conducta de los concretos sujetos de cada concreta realización jurídica.

Estos dos (...) sentidos de la bona fides perduraron coincidentemente a lo largo del Derecho romano, si --bien, en aparición funcionaron en dos campos distintos. El primero (sentido objetivo-normativo) en materia contractual (contractus bonae fidei). El segundo (sentido --subjetivo-psicológico) en materia de possessio y usucapio (bonae fidei possessio). Es dudoso, empero, que los romanos separaran ajuntamente ambos aspectos (...). Concluye diciendo: "(...) la distinción entre un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo dentro de la buena fe constituye una verdadera constante histórica, en torno de la --cual gira toda la teoría general de la figura, perdurando al menos implícitamente, en todas las legislaciones --no obstante los esfuerzos doctrinales para lograr un concepto unitario de buena fe" (V. infra nota 19).

Hemos indicado que la buena fe exigida al adquirente a non domino de una cosa mueble, desde un punto de vista histórico, debe atribuirse a la influencia de la buena fe requerida para usucapir una cosa. Y esto se comprende mejor, por el hecho de ser también la usucapión un medio para llegar a ser propietario de una cosa adquirida de un non dominus, con la diferencia de no ser una adquisición instantánea, sino después de un plazo. Esta diferencia no es obstáculo para que durante mucho tiempo, se viera en la AND, una modalidad de prescripción; la más rápida de todas, exigiéndose por esa razón, la buena fe del adquirente.

La buena fe en la usucapión, es una exigencia introducida por el Derecho romano clásico (10). "El caso más importante -dice Von Thur (11)-, y probablemente el más antiguo, en que se puso de manifiesto el concepto de la bona fides, es el de la posesión de buena fe de una cosa ajena. El Derecho romano, por razones lógicas y por el respeto que le inspiraba la propiedad, se mantuvo siempre fiel a la norma de que solo el propietario podía transferir la propiedad de una cosa -- ("Nemo plus iuris..."). Pero el que adquiría una cosa de -- quien no era su propietario, podía, en un plazo corto (...) convertirse en propietario por usucapión".

(10) Cfr. VON THUR, supra nota 9, p.337. La Ley de las XII - Tablas, exigía, indica AMOROS, supra nota 65 (CAP.I), - p. 209, la posesión de la cosa y que ésta no fuera furtiva, para poder usucapirla.

(11) Supra nota 9, pags. 337-338.

Según la autorizada opinión de José Luis de los Mozos (12), la "bona fides" requerida en la usucapio, encuentra - su antecedente en la "bona fides" exigida en la "emptio" o compraventa y "(...) más que su antecedente -añade- propiamente su verdadero germen". El principio romano, "Mala fides superveniens non nocet" conduce a lo mismo, pues al exigirse la buena fe al poseedor, solo al momento de entrar a poseer la cosa y no en el tiempo sucesivo, quiere decir que la buena fe se reduce prácticamente al ámbito negocial.

A propósito de la "emptio", viene dada una definición de la "bona fides", que coincide con la buena fe del adquirente "a non domino", cuando se dice: "Comprador de buena fe es aquél que ignoró que la cosa era ajena o juzgó que podía venderla el que la vendió, v.g. si era procurador o tutor" (13).

La bona fides de la emptio sirvió consiguientemente para configurar la propia bona fides requerida para la usucapión. A partir de aquí la buena fe posesoria del usucapiente se puede decir, consistente, "en el convencimiento de no -- perjudicar los derechos de otro y de no cometer injusticia", convicción fundada sobre el error o ignorancia de la posición de lesión del derecho de un tercero (14).

(12) DE LOS MOZOS, supra nota 109 (CAP.I), p. 82.

(13) En el Digesto, 50, 16, 109, se leía: "Bonae fidei emptor esse videtur qui ignorevit eam rem alienam esse".

(14) Cfr. DE LOS MOZOS, supra nota 109 (CAP.I), p. 86.

En síntesis, la usucapión se organizó, históricamente, para solucionar el problema que representaba la adquisición de un no propietario (15); por la posesión como dueño durante un plazo determinado y con buena fe, al adquirente a non domino devenía en dueño.

Vimos en el Capítulo 1º (pag. 18) que esta solución resultó insuficiente y demasiado lenta frente a las necesidades del tráfico jurídico, de ahí que la usucapio longi -- temporis se convirtió en una prescripción "instantánea", la cual, si bien, institucionalmente es una ficción jurídica -- calificarla en esa forma, como nos dice Amorós, esta expresión, "(...) viene condicionada por el sentido de su evolución histórica (16). Al surgir la AND, concebida como una -- prescripción instantánea, arrastra consigo la buena fe exigida por el Derecho romano a quien pretendía usucapir una -- cosa, siendo este en síntesis la razón histórica por la cual el adquirente a non domino, debe ignorar la falta de titularidad de su enajenante.

II.- La construcción dogmática de la buena fe surgió -- hasta el siglo pasado, gracias a los estudios de la pandectística alemana y concretamente a partir del proceso de Göttinga de 1870 (17). Anteriormente, la buena fe era un ele--

(15) Cfr. AMORÓS, supra nota 64 (CAP.I), p. 210.

(16) AMORÓS, supra nota 64 (CAP.I), págs.210-211.

(17) GOMEZ ACEBO, supra nota 106, págs. 106-107; MOLLEDA, supra nota 7, p. 189.

mento práctico e intuitivo, tal y como acontecía en Roma (18). La distinción romana entre buena fe objetiva ("contractus bonae fidei") y buena fe subjetiva ("bonae fidei possessor"), es el criterio que prevalece hoy en día (19).

(18) MOLLEDA, supra nota 7, p. 189.

(19) "La buona fede oggettiva -dice MENGONI, supra nota 22 - (CAP.I), págs. 315-316- è una direttiva e insieme un'autorizzazione impartite dall'ordinamento giuridico al giudice (e dunque un ampliamento del officium iudicis), - il quale, ai fini della valutazione del comportamento tenuto dalle parti di un rapporto obbligatorio, viene - rinviato a modelli o standards di condotta generalmente osservati nella vita di relazione e perciò acquisti come doverosi dalla coscienza sociale. Di fronte a -- questi modelli, in cui si calano storicamente i valori extrasistematici della giustizia materiale, il giudice non si limita a un attività meramente cognitiva, ma -- formula un giudizio di valore circa le esigenze che da essi si esprimono rispetto al caso concreto da decidere, traducendoli in una norma individuale alla stregua della quale valuta o il contenuto del contratto (...) verso l'altra". La buona fe, desde este punto de vista, no se debe limitar para LA FENZ, K., Derecho de Obligaciones (Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1978) I, p. 144, a las relaciones obligatorias, "(...) sino -dice- (...) es aplicable siempre que existe una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto en el Derecho de cosas, en el Derecho procesal y en el Derecho público". En síntesis, como ha expuesto BETTI, E., Teoría General de las obligaciones (Ed. Rev. DE Der. privado, Madrid, 1969) I, p. 70, la buena fe en este sentido, se revela como, "(...) un criterio valorativo que no está forjado por el Derecho, sino que el Derecho lo asume y recibe de la conciencia social, de la conciencia ética de la sociedad, para la que está llamado a valer".

En relación con la buena fe en sentido subjetivo, escribe MENGONI (lugar arriba citado), que: "(...) è un fatto spirituale (gnoseologico) giuridicamente rilevante, e dunque non criterio di valutazione discrezionalmente elaborato dal giudice, ma oggetto di precostituita valutazione legislativa, la quale si traduce nella rilevanza tipica attribuita a tale fatto in una serie difattispecie normative predisposte a tutela del soggetto "in buona fede". Il giudice ha soltanto il compito di accertare la buona fede, ai fini dell'operazione logico-formale di sussunzione del caso concreto sotto

A partir de este doble sentido del concepto de "buena fe", se han elaborado distintas teorías. Sin afán, exhaustivo, se pueden sintetizar las siguientes (20):

1) SUBJETIVAS

A) Psicológica Pura (Wächter).- La buena fe es, según esta teoría, un hecho intelectual, consistente en la creencia errónea, con independencia de si el error es o no excusable, es decir, sin ningún contenido ético (21). El error, de cualquier tipo que sea, es el factor constitutivo de la buena fe.

B) Etico-psicológica (Bruns).- Frente a la anterior teoría, se yergue en oposición, aquella para la cual el error no excusable es inadmisible; la buena fe no puede apoyarse en un comportamiento culposos. No basta con que sea conciencia errónea, sino que la buena fe debe fundarse en un error excusable. Esto plantea el problema de determinar el grado de culpa que impide la buena fe del individuo (22).

(Cont. de la pág. anterior).

la fattispecie astratta". Véase ampliamente este tema en DE LOS MOZOS, supra nota 109 (CAP.I), p.123 y ss.

(20) En lo fundamental seguimos a GOMEZ ACEBO, supra nota 106 (CAP.I) p. 107 y ss. y a MOLLEDA, supra nota 7, p. 190 y xx.

(21) Sostiene Wächter, citado, por CORRADINI, D., Il criterio della buona fede a la scienza del diritto privato (Giuffrè, Milano, 1970), p.113, que: "Die bona fides eines Besitzers in dem redlichen Glauben dass er Eigentümer der Sache geworden oder wenigstens befugt sei".

(22) Es decir, como señala DIEZ PICAZO, L., en el Prólogo a la obra de Franz Wieacker, El principio general de la buena fe (Ed. Civitas, Madrid, 1977) págs. 14-15, se debe analizar, "(...) la medida en que el sujeto operó con la diligencia normalmente exigible en esa situa--

Esta es la posición más generalizada entre los autores, a la cual nos adherimos, con el correctivo que señala Roca Sastre (23), en el sentido de que cuando la creencia del sujeto se apoya en la publicidad registral, la diligencia exigida al sujeto se refiere únicamente al contenido del instrumento de publicidad y no al conocimiento de la verdadera realidad.

C) Posición Intermedia (Pernice).- Una teoría que figura entre la psicológica pura y la ética-psicológica, es la que distingue un concepto de buena fe para las relaciones de derechos reales y otro para las obligaciones, descomponiendo la bona fides en sus dos elementos: conciencia (psicológico) y moralidad (ético), no siendo ningún impedimento, el conocimiento de los vicios del acto, si no existe contradicción moral en la toma de posesión de la cosa.

D) Teoría ética (Bonfante).- La buena fe es un concepto ético, general e igual en todas las relaciones jurídicas; es la conciencia de actuar honradamente (24). El error no -

(Cont. de la pág. anterior).

ción y dilucidar si con (...) normal diligencia el -- error pudo y aún debió desaparecer". Sin embargo, veremos más adelante, que la diligencia exigible no es objetiva, sino subjetiva, en cuanto a la forma en que ha de ser valorada.

(23) Supra nota 25 (CAP.I), p.367.

(24) A esta posición se ha objetado, indica COMEZ ACEBO, -- supra nota 106 (CAP.I), p.109, que los conceptos éticos no sirven para tratar jurídicamente las instituciones: ética y derecho son campos con diferentes objetivos. -- También se critica que la concepción ética no hace más que, "(...) sacarse de la manga -dice Gómez Acebo (lugar citado)- con habilidad de ilusionista, una norma -ética a la que se trata de centrar en el Derecho a través de la idea de la moral del hombre medio".

es elemento constitutivo de la buena fe, sino un simple presupuesto de ella. No basta conque se constate el error, es necesario saber cómo y porqué se ha caído en él. Debe determinarse si el adquirente se cuestionó el problema de la legitimidad de la adquisición y con qué argumentos lo había resuelto favorablemente, o si por el contrario, actuó con ligereza y sin tomar precauciones mínimas, sin investigar con diligencia las circunstancias del acto. Se exige, en síntesis, que el individuo se haya formado una persuasión sin residuos de incerteza, no siendo suficiente un juicio de probabilidad, que deje margen a la duda (25).

E) Volitiva (Entre otros: Mengoni, Carnelutti, Gómez Acebo).-

La buena fe se define en esta teoría, como voluntad de no infringir el ordenamiento jurídico; los hechos psicológicos no son de interés para el Derecho, sólo en cuanto determinan la voluntad de un modo indirecto.

Dentro de esta tendencia, Carnelutti ha sostenido que, jurídicamente, la buena fe es la voluntad conforme al Derecho, o sea, la voluntad de obedecer a la norma, incorporando al Derecho el valor jurídico de la intención (26).

(25) Cfr. MENGONI, supra nota 22 (CAP.I), p. 319.

(26) Carnelutti, citado por Gómez Acebo, supra nota 109 -- (CAP.I), p. 110. AMCROS, supra nota 64 (CAP.I), p.215, critica esta teoría, aduciendo que: "(...) la buena fe no supone un querer actuar de una determinada manera, atributo de una voluntad negocial. Sino la convicción errónea basada en la apariencia que hace confiar en la validez de la adquisición (arts. 433 y 1950 CCE).

Mangoni (27), sitúa también la buena fe en el campo volitivo, pero matizándola con un criterio ético. Estima que la voluntad ha de ser exenta de dolo y en lo que concierne a la culpa, la considera como algo extrínseco a la buena fe.

Para Gómez Acebo, la buena fe se configura como la voluntad consciente de la juricidad del acto, o bien, la voluntad inconsciente de la entijuricidad del acto (28). Este autor recoge la distinción germánica entre el campo de la eficacia o "posse" y el campo de la licitud o "licere". La buena y la mala fe, deben ubicarse en el campo del "licere", o sea en el terreno de los actos lícitos e ilícitos, y no en el del "posse". Prueba de ello es que corrientemente, la valoración que el Derecho hace de la buena o mala fe, es con miras a imponer o excluir la responsabilidad por daños y perjuicios, valoración que es propia del campo jurídico del "licere". Y si en ciertos casos, por ejemplo en la misma AND, la buena fe parece transcender al campo del posse, por contribuir, al menos, a la creación de efectos jurídicos, ello no implica, según este autor, que la buena fe trascien

(Cont. de la pág. anterior)

La buena fe modeliza la adquisición, e influye en su eficacia, pero no forma parte de los requisitos de voluntad del negocio-adquisitivo. La buena fe resulta más un concepto de contenido ético-psicológico, intelectualivo, que volitivo".

(27) Gli acquisti, págs. 318-319.

(28) Supra nota 106 (CAP.I), p. 124. Una crítica a la posi-

da a la esfera del posse, porque la buena fe, per se, nunca tiene eficacia de creación jurídica (29). Su papel se limita a ser un presupuesto o *condictio iuris*, para que la norma despliegue su eficacia constitutiva (30).

2) Teoría Normativa (Levi, Gorphe, Barassi, Ruta).- La buena fe es una norma jurídica de conducta, surgida del deber general de no dañar a otro consciente y voluntariamente. No se define la buena fe, sino que se eleva a condición de norma. En este sentido se concibe como el deber de comportarse rectamente, y por tanto, sin malicia, sin violencia, sin fraude con los demás. De aquí surgen una serie de obligaciones positivas y negativas, como decir la verdad, mantener la palabra dada, cumplir las prestaciones convenidas, no inducir a engaño a los demás, no prometer más de aquello

(Cont. de la pág. anterior).

ción de este autor en VALLET DE GOYTISOLO, J., en su Comentario a la sentencia de 19 de junio de 1945, Anuario de Derecho Civ., oct-dic., Madrid, 1952, p. 1481.

(29) La obediencia a la norma, "(...) no es más -añade GOMEZ ACEBO, supra nota 106 (CAP.I), p. 124- que el cumplimiento estricto- del deber, y en los humanos el cumplimiento del deber no se premia. Se condecora a los héroes, pero no a la honestidad gris".

(30) Para MOLLEDA, supra nota 7, p. 197, "(...) es de todo punto de vista arbitrario, pretender encajar exclusivamente o principalmente la buena y la mala fe (...) en el campo del *licere*, como arbitrario sería pretender encajarlas exclusiva o principalmente en el campo del *posse*. Las valoraciones que (...) se hacen de la buena y mala fe miran, unas veces, a la eficacia de los actos jurídicos y otras a la licitud de tales actos, sin que falten casos (hablando del ordenamiento español) en los que se valoran ambos efectos". A continuación hace un elenco de los diversos casos en los que la buena fe en el CCE, se refiere a uno u otro aspecto.

que se sabe no poder cumplir, en pocas palabras, el no dañar voluntaria y conscientemente a otro (31) (32).

3) Teoría pluralista o hecho jurídico (Sacco).- Para esta teoría la expresión "buena fe", indica un hecho jurídico (por tanto, un fenómeno del mundo natural valorado por el Derecho). No es por tanto, una creación legal. Las diferentes valoraciones que la ley hace de este hecho jurídico, permite elaborar una variedad de conceptos, jurídico-positivos - de la buena fe; unas veces se presenta como un simple hecho intelectual; otras, como un hecho volitivo; o como norma jurídica, o en fin, como criterio clasificador de los comportamientos humanos.

-
- (31) GORPHE, citado por Gómez Acebo, supra nota 106 (CAP.I), p. 109, sostiene que la buena fe es: "la consagración del deber moral de no engañar a los demás, el cual no es más que aplicación de la norma general que ordena no hacer mal al prójimo o no dañar a nadie sin derecho o sin necesidad: neminem laedere. Hay una verdadera obligación jurídica de comportarse en las relaciones de negocios, especialmente entre partes, con un mínimo normal de lealtad".
- Para el profesor ALGUER, J., El concepto de la buena fe en la génesis y en la técnica del Derecho privado, en Revista Jurídica de Cataluña, Vol. 33. Barcelona, 1927, p. 539, la buena fe puede definirse en un único sentido, que recibiría el trato de un principio general. Así, la buena fe consiste en el mantenimiento de la pureza de la voluntad que requieren la confianza y la lealtad recíprocas de los sujetos enfrentados, siempre dentro de los límites del ordenamiento jurídico. El aspecto subjetivo, sería una derivación del objetivo.
- (32) La concepción normativa ha sido criticada, nos indica GÓMEZ ACEBO, supra nota 106 (CAP.I), p. 109, en el sentido de que adolece de un defecto inicial: se trata de ver la característica de ella en la normatividad de su contenido, pero sin determinantes satisfactoriamente cuál sea su contenido.

En términos generales podemos destacar varias consecuencias (sin enumeración exhaustiva) que corrientemente se otorgan en los ordenamientos, a la buena fe:

a) Se considera en primer término, como una causa de exclusión de la culpabilidad de un acto formalmente ilícito y consiguientemente, como causa de exoneración o atenuación, de la sanción; b) La buena fe se tiene también en consideración, como una causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, conforme a la finalidad perseguida por las partes. Estas no se deben sólo -- aquello que han estipulado o lo que determina el texto legal, sino también aquello que en cada situación impone la buena fe (buena fe objetiva); c) La buena fe, es por último, una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico (33).

(33) Para todo véase a DIEZ PICAZO, *supra* nota 22, p. 19. -- Señala este autor (ob. cit. p.21), que la doctrina alemana, en especial, ha elaborado, con base en la jurisprudencia de los tribunales, una serie de supuestos -- típicos a los que parece aplicable la idea de que la buena fe opere como límite al ejercicio de los derechos subjetivos. Veamos brevemente algunos de ellos: 1) El acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y -- conforme a la buena fe habría que conceder a su conducta anterior ("Venire contra factum proprium"); 2) Un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que ha dado lugar, con su omisión a que el adversario pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará; 3) Es -- contrario a la buena fe ejercitar la acción de nulidad respecto a un negocio ineficaz, si fue cumplido voluntariamente a sabiendas de que era nulo; 4) El cumpli--

III.- La buena fe del adquirente "a non domino", no ha sido expresamente definida en nuestro Código civil, pero --partiendo del principio de que "En bienes muebles, la posesión equivale al título", parece bastante claro que la buena fe exigida al tercer adquirente, es la buena fe posesoria, que nuestro Código civil define -caso único en que la buena fe ha sido definida (34)-, en el artículo 285, como la creencia del poseedor de tener derecho a poseer la cosa al momento de la toma de posesión (35).

(Cont. de la pág. anterior)

miento de la obligación debe prestarse íntegramente. -- Por ello no puede compelerse al acreedor a recibir un cumplimiento parcial. Pero la buena fe puede imponer -- que cuando la parte que resta por cumplir sea exigua, la rehúse del cumplimiento por ser parcial, sea contraria a la buena fe. De la misma manera la buena fe puede imponer una moderación a la exigibilidad inmediata de la obligación o permitir una ligera trasgresión del plazo; 5) No es de buena fe el que reclama el cumplimiento de una prestación cuando debe restituirla o devolverla inmediatamente. Véase el análisis completo -- de estos puntos, en la obra de Wieacker, citada en supra nota 22, p. 60 y ss.

(34) El art. 1248 C.c., define la mala fe de la renuncia -- del socio (sociedad civil), como aquella hecha, "para aprovecharse de una ganancia que debe pertenecer a la sociedad". La "bonae fidei contractus" (buena fe objetiva), se encuentra comprendida en el art. 1022 C.c.

(35) Este artículo en su conjunto, dispone lo siguiente: -- "En todos los casos en que la ley exige posesión de -- buena fe, se considera poseedor de buena fe al que en el acto de la toma de posesión creía tener el derecho de poseer. Si había motivo suficiente para que dudara corresponderle tal derecho, no se le debe considerar -- como poseedor de buena fe; pero si la posesión fuere -- de buena fe en su principio, no pierde ese carácter -- por el solo hecho de que el poseedor dude posteriormente de la legitimidad de su derecho. Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente, y cesa también desde la notificación de la demanda en que otro recla-

El legislador patrio no fue influido en esta materia por el Código Napoleón, el cual en su artículo 550 dispone que: "El poseedor es de buena fe cuando posee como propietario, en virtud de un título traslativo de propiedad del que ignore los vicios.

Deja de ser de buena fe desde el momento en que conozca esos vicios". Una regulación similar contiene el art. 433 del Código civil español (36), y contenía el art. 701 del Código civil italiano derogado (37). Por el contrario para el art. 1147 del Código civil italiano vigente, es poseedor

(Cont. de la pág. anterior).

me el derecho de poseedor". Sobre la noción de buena fe posesoria para la jurisprudencia, véanse las sentencias de Casación de 15.30 hrs del 6 de julio de 1949 y Nº 106-1967.

(36) Este artículo dispone que: "Se reputa poseedor de buena fe el que ignore que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. (...). Véase también en relación, el art. 1950 CCE.

(37) Estipulaba este numeral que: "(...) è possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi". Refiriéndose a este artículo y al 550 del Código Napoleón, que transcribimos en el texto, BARASSI, supra 123 (CAP.I), p. 225, señala que: "(...) generalizzavano nel possesso di buona fede la necessità, oltre che della buona fede, anche di un titolo idoneo. Un binomio che sembrava imposto da una lunga tradizione, ma che aveva suscitato la critiche de una parte della dottrina". Por ser la buena fe un hecho intelectual, el título como elemento externo a la conciencia, no se requiere en la formación de aquella; de aquí las críticas de la doctrina.

de buena fe, quien posee, "(...) ignorando di ledere l'al--
trui diritto", si hacer referencia alguna al título, fundán
dose únicamente en la representación intelectual del indivi
duo (38).

Volviendo a nuestro art. 285, hemos visto que define --
la buena fe del poseedor como un fenómeno psíquico, como --
una "creencia", sin hacer referencia a un título, de lo que
deducimos la innecesidad del mismo, justificado por la natu
raleza de esa creencia, al igual que como lo ha establecido

(38) En la Relación del Código civil italiano vigente, nos
indica PARASSI, supra nota 123 (CAP.I), p. 226, que el
argumento esgrimido para esta modificación fue que: --
"(...) la buona fede è una nozione di carattere psicolo
gico e di portata etica: non va commista con elementi
di diversa natura che restano estranei, anche se ne sia
richiesto il concorso per la produzione di determinati
effetti giuridici". PARASSI, es de otra opinión. Sos
tiene (ob. cit. p. 228 y ss.), que: "(...) non si può
assolutamente concepire un possessore di buona fede co
si primordiales da essere assolutamente convinto di --
avere acquistato un diritto reales senza alcun titolo
che questo acquisto abbia giustificato e determinato.
Insomma -dice más adelante- il titolo non sarebbe un coe
fficiente della buona fede, masolo un suo presupposto:
cioè el giudizio sulla buona fede sarebbe negativamente
condizionato al giudizio sulla buona fede sarebbe nega
tivamente condizionato al giudizio sul titolo (...). --
Ammetto anch'io che non sia logicamente possibile con
cepire un possessore di buona fede che sappia non esis
tere alcun titolo. (...) il titolo (...) può practica
mente integrare il possesso di buona fede, tutti e due
collaborando a determinare quegli effetti giuridici che,
si noti bene, la legge riconnette al possesso di buona
fede".

La Corte de Cassación italiana, en sentencia de 10
de noviembre de 1971, publicada en Giustizia Civile, --
Mass., Nº 3230, p. 1734, resolvió que: "Il concetto di
buona fede, dettato dall'art. 1147 C.c., prescinde da
qualsiasi elemento oggettivo -titolo di acquisto ed --
eventuali vizi di esso-, essendo fondata sulla convin
zione da parte del possessore di non ledere l'altrui -
diritto".

el Código civil italiano de 1942 (art. 1147) (39). El error sobre el que se apoya la buena fe, ha de ser excusable. En este sentido nuestro Código civil, adoptó, en su art. 285, la definición ético-psicológica de la buena fe, disponiendo que: "Si había motivo suficiente para que dudara (el poseedor) corresponderle tal derecho, no se le debe considerar como poseedor de buena fe". La creencia del poseedor debe, por tanto, apoyarse en un error justificable, que no lo será, con solo que existieran motivos para que durara tener el derecho a -- poseer la cosa.

La regla es la innecesidad de la subsistencia de un título, para la existencia de la buena fe del poseedor. Ahora

(39) MENGONI, Gli acquisti, p.327, se refiere a una noción - "relativa" de la buena fe posesoria, según la cual, la misma se presenta exclusivamente en relación con el -- adversario; si éste es un tercero, el poseedor resultará afectado sólo si conoce la falta de titularidad del enajenante. Para la concepción "absoluta, que prevalece en la doctrina del CCI abrogado, la buena fe debía referirse tanto a la falta de titularidad del tradens -- como a la ignorancia de los vicios del título. "(...) il titolo (...) -dice MENGONI (ob. cit. p. 324)- è per sé estraneo alla struttura del possesso di buona fede". Más adelante sostiene que: "Il titolo in base al quale l'acquirente riceve il possesso, non ha né può avere una funzione di supporto del la buona fede, ma di -- questa costituisce piuttosto un limite di rilevanza. -- Esso ha la funzione di giustificarlo erga omnes, ossia di fronte a qualunque soggetto, diverso dall'alienante, che risulti essere il vero proprietario (...)". La sentencia de Casación de 21 de mayo de 1955, in Giur. it., 1955, I,1,718, resolvió que: "La buona fede non deve -- già cadere sul "titolo", ma sulla legittimazione del -- tradens".

Es poseedor de buena fe sin título v.g., quien posee una cosa, la cual le ordenó adquirir a su mandatario, quien se la entrega, haciendo creer que ejecutó el mandato, cuando en realidad solo lo detentaba.

bien, observemos que, conforme al art. 481 C.c., el accipiens sea requiere un "título hábil" para que su adquisición -- eficaz respecto a terceros (lo mismo para la usucapión: art. 853 C.c.). Resulta irrelevante entonces, discutir si el adquirente a non domino debe tener un título para ser considerado de buena fe, o si debe ignorar los vicios del mismo, -- porque independientemente de todo ello, se exige el título, que si tiene vicios, aunque sean ignorados por el adquirente, como dijimos en su oportunidad, impiden la AND, por quitarle "habilidad".

Inicialmente señalamos que, partiendo de la regla: "En bienes muebles, la posesión equivale al título", no hay duda de que la buena fe exigida al adquirente a non domino, es la buena fe posesoria, lo que fácilmente se deduce, por el hecho de ser la posesión el supuesto fundamental de la adquisición. Se plantea empero el problema de que en nuestro Derecho, la posesión ya no juega ese papel destacado concedido en el sistema francés, al carecer, por sí sola, de ese efecto.

La buena fe del adquirente a non domino desde un punto de vista estricto, podemos verla como no coincidente con la del poseedor; en el primer caso, consiste en el convencimiento de adquirir una cosa de quien es su titular. en el otro, consiste en la certidumbre de tener el derecho a poseer una cosa (art. 285 C.c.); aquella se refiere a una verosimilitud de adquirir, y ésta a la de poseer. Así vistas, son dos

"creencias" diferenciables (40), que podrían plantearse en razón de una sucesión: en primer lugar se cree adquirir la cosa del titular y sucesivamente cabe la persuasión de tener derecho a poseer la cosa. Recordemos sin embargo, que la AND se verifica hasta que se obtenga la posesión de la cosa, pero aún así se puede diferenciar una posesión estática, a la que parece referirse el art. 285 C.c., con la "aprehensión" de la cosa, momento único en que se exige la buena fe del adquirente a non domino.

Hay quien sostiene en la doctrina italiana (41), tomando como base la definición que ha sido recogida en el Art. 1147 del CCI., que la buena fe del adquirente a non domino, debe apoyarse en hechos concomitantes; concretamente, en la en-

(40) En la doctrina italiana, hay quien distingue entre la buena fe posesoria y la del adquirente. En este sentido podemos citar la opinión aislada de SACCO, supra nota 16 (CAP.II), p. 168, para quien: "La buona fede nell'acquisto ha oggetto diverso della buona fede possessoria, e quindi è concettualmente distinta (...) dalla buona fede dell'art. 1147" (referente a la posesión de buena fe). En su artículo: La presunzione di buona fede, en Riv. Dir. Civ., 1959, N° I, p. 29, sostiene que: "Anche le modalita cronologiche del la buona fede di cui ai vari artt. 1147, 1153 (...), non coincidono: l'art. 1147 parla di buona fede al momento dell'acquisto del possesso, mentre l'art. 1153 parla di momento della consegna. Per chi ritenga che la consegna sia -- qui la traditio onerata dall'alienante, il momento della buona fede possessoria è distinto del momento della buona fede nell'acquisto del possesso".

(41) Cfr. SACCO, supra nota 16 (CAP.II), p. 167 y ss y su Nota a la sentencia de la Corte D'App. Genova, de 14 de junio de 1948, Intema di acquisto a non domino di buona fede ex art. 1153 Cod. civ., en Riv. Dir. Comm., 1949, p. 48 y ss.

trega de la cosa al accipiens y en un título idóneo, lo que no es así en materia de "posesión" de buena fe, pero de -- acuerdo con lo que dijimos atrás sobre la naturaleza de la buena fe, estas consideraciones son infundadas, y no son de recibo para diferenciar la buena fe del art. 285 de nuestro Código civil y la del adquirente a non domino, a pesar de -- que éste igualmente debe tener un título idóneo o hábil y -- recibir la posesión de la cosa, no así el poseedor a que -- elude el art. 285.

No obstante los posibles matices que podemos hacer entre la buena fe del adquirente a non domino y la definida -- en el art. 285 C.c., nos inclinamos por incluir el concepto de buena fe de aquél, entre la definición del art. 285, por cuanto: 1) Coincide el momento en que se exige la buena fe del poseedor, con el momento en que debe tenerla el adquirente a non domino, es decir al entrar a poseer, o en el -- "acto" de la toma de posesión", lo que corresponde a la idea de "aprehensión", momento en el que es necesaria la buena fe del adquirente a non domino; 2) La definición de la buena fe posesoria, como creencia de tener el derecho a poseer, -- al entrar en posesión de la cosa, no excluye la buena fe del adquirente a non domino, o creencia de adquirir del titular del derecho, de la cual se deduce la de tener derecho a poseer la cosa, o viceversa, quien cree tener el derecho de -- poseer, será porque cree haber adquirido del titular; 3) His

tóricamente, vimos como el origen de la buena fe del adquirente a non domino se desprende de la buena fe en la usucapción, que es un caso clásico de la "bonae fidei possessio". Esto significa que, a pesar de los matices que puedan presentarse, la buena fe del adquirente a non domino, conceptualmente, se encuentra en el ámbito de la buena fe posesoria.

De todo esto surge la posibilidad de aplicar en la AND, lo que dispone el art. 285 C.c. respecto a la excusabilidad del error, no procediendo la adquisición cuando el accipiens ha procedido con negligencia, a lo que nos referimos más adelante en concreto.

La buena fe se exige al adquirente a non domino, pero no a quien se ampara a la presunción de propiedad del art. 854 C.c. La posesión a la que se refiere el art. 854 es a una posesión como hecho y como tal, es independiente de si se ejerce con buena o mala fe. Se posee y basta con ello; se presume la posesión a título de dueño (art. 283 C.c.). Las únicas excepciones, en que la presunción de propiedad se destruye a priori son: si la cosa fue sustraída o perdida y se demuestra que fue así desde un inicio, o si se prueba desde un principio la mala fe del poseedor, pero mientras no se prueba, y a pesar de ser de mala fe, la presunción de propiedad le sigue defendiendo.

En síntesis, la buena fe del adquirente a non domino,

es un hecho intelectual, consistente en la ignorancia de adquirir una cosa de quien no es su titular o un derecho real de quien aparente tenerlo, o bien, y lo que es igual, es la creencia de adquirir el derecho en la cosa de quien puede disponer de él. Ambos hechos psicológicos van unidos intelectualmente y expresan en el fondo la misma idea (42).

Un matiz particular ofrece la buena fe del adquirente a domino, cuando su adquisición es regulada en el art. 481; consiste en la ignorancia de dañar el derecho de un tercero con un gravamen sobre la cosa.

La omisión del art. 481 C.c. en lo que concierne a la buena fe del adquirente, se subsana por aplicación extensiva del art. 1065 ibid, que la exige expresamente, para el caso en que la AND se oculte bajo el título más común: la compraventa.(43).

(42) En este sentido AMOROS, supra nota 64 (CAP.I), p. 211 señala que: "(...) ignorancia y creencia no son más -- que dos manifestaciones -positiva y negativa- de un -- mismo fenómeno: desconocimiento de una situación jurídica distinta a la apariencia que la posesión comporta; y que ambas expresiones resultan intercambiables, puesto que grosso modo, tanto significa ignorar un vicio adquisitivo como creer en la validez del título del transferente". Lo que importa, es, como indica ALBALADEJO, Derecho civil, III-1, p.59, que ambas creencias descansan sobre un error; cambiar una cosa por otra.

(43) Además de acuerdo con el art. 321 C.c., la reivindicación procede contra quien poseía de mala fe y ha dejado de poseer; con mayor razón contra quien ha seguido siendo poseedor.

El silencio del art. 481 en esta materia es injustificable y obedece a un descuido legislativo, siguiéndose en esto a su modelo, el art. 2279 CCE, que incurre en la misma omisión. La doctrina francesa, para salvar la laguna, sostiene que el mismo Código, exige la buena fe en otro caso de AND; concretamente, cuando tiene lugar la dobleventa -- (art. 1141 CCF) (44). Además de los mismos precedentes de la máxima, se infiere que la protección se extiende solo a quien adquiera de buena fe (45); "(...) elle constitue -de- cía Laurent- le minimum que l'on puisse exiger de l'acquéreur a non domino qui prétend à la propriété" (46).

IV.- Digno de protección jurídica es solo aquel que --
contra su voluntad cae en el error de creer que su enajenan

-
- (44) Cfr. MARTY & FAYNAUD, supra nota 5 (CAP. I), p. 384. - La Cour D'appel de Paris, en sentencia de 15- février 1961, publicada en Revue Trim., 1961, n. 342, resolvió que: "Les dispositions de l'art. 2279 C. civ. ne protègent contre la revendication le possesseur d'objets mobiliers que s'il est de bonne foi (...)". En este sentido la sentencia de Casación de 16 juin 1971, en Revue Trim. 1972, p. 152.
- (45) En este sentido estima SAVATIER, supra nota 104 (CAP.I) p. 360, que la buena fe resulta de la tradición y de la equidad.
- (46) LAURENT, supra nota 129 (CAP.I), p. 1618. Otros códigos si exigen expresamente la buena fe del adquirente a non domino, v.g., el Código civil italiano, en su art. 1153; el alemán, en su parágrafo 932 y el español, en su artículo 464.

te es titular del derecho que ostenta en la cosa (47). La regla es que la apariencia en la cual confía el adquirente, se apoye en la posesión del tradens en la cosa, por ser el medio normal de publicidad del derecho sobre muebles, y en su caso, en la publicidad registral (48). No es exacto que contra lo declarado por el Registro, no cabe ser un adquirente de buena fe (49). El adquirente, aún en este caso, -- puede ser de buena fe, pero ocurre que entonces su comportamiento está revestido con culpa grave, por no constatar la titularidad del enajenante en el Registro, omisión que impi

-
- (47) Como ha señalado VON THUR, supra nota 9, p. 337, (...) ningún orden jurídico progresivo puede menos de tener en cuenta este error, pues no hay hombre honrado que se halle libre del peligro de juzgar falsamente una -- situación jurídica".
- (48) La doctrina más reciente sostiene que la publicidad registral no es fuente de apariencia. En este sentido -- MENGONI, Gli acquisti, p. 351, estima que la inscripción, "(...) è uno strumento di protezione dell'affidamento strutturalmente diverso dall'apparenza di diritto. La pubblicità è una forma di comunicazione al pubblico, con mezzi simbolici (segni significativi), di fatti o atti giuridici e delle connesse situazioni giuridiche, mentre l'apparenza di diritto appartiene a un ordine -- di fenomeni opposto, essendo integrata da un complesso di circostanza, elastiche e non rigidamente tipizzate, che non rappresentano una situazione giuridica, bensì la indicano per inferenza (in senso empirico) o rinvio". En materia de AND, como quiera que sea, si la cosa se encontraba inscrita a nombre del non dominus, la buena fe del accipiens estará fundada en la inscripción, que para TALON MARTINEZ, supra nota 99. (CAP.I), p. 380 si denota apariencia. En este sentido expresa que: "El medio jurídico a través del cual (...) actúa en su plena extensión la tutela de la apariencia, es el constituido por las formas de pública fe (...)". Con otras palabras, pero dentro de la misma idea, MARTINEZ RUIZ, supra nota 99 (CAP.I), págs. 928-929.
- (49) Así lo cree con error AMOROS, supra nota 64 (CAP.I.). p. 225.

de la AND. Se sobrepone la publicidad registral a la protección de la creencia del adquirente de contratar con el titular del derecho en la cosa.

1.- La apariencia, en general, debe ser una situación tal, que si el tercero no era ya de mala fe (por conocer -- desde un inicio la falta de titularidad del tradens)-no le haga caer en ella. Será una situación de hecho que no se -- distinga de una de derecho. Para que sea así, debe existir: a) Un animus domini de parte del transmitente en relación -- con la cosa; b) Un elemento material que tenga todos los -- signos exteriores de la situación verdadera; que revele solidez, o sea, persistencia y por tanto que sea notoria, no ocasional o fugaz. En otras palabras, que aparezca exenta -- de toda contradicción y c) Debe concurrir un elemento psicológico, constituido por el error que se comete a la vista -- de la situación exterior (50).

El "animus domini", es obvio que se trata de la actitud asumida por el tradens ante el adquirente, presentándose como propietario efectivo de la cosa. Este animus puede ser -- simulado o puede demostrarse con sinceridad, dependiendo -- de si el transmitente no ignora ser un non dominus, o si -- por el contrario, cree por error o imprudencia haber recibido la cosa en calidad de propietario. No se requiere enton-

(50) Cfr. MARTINEZ RUIZ, supra nota 99 (CAP.I), p. 928; BERGAMO LLABRES, supra nota 99 (CAP.I), p. 244.

ces que la apariencia se haya "querido" crear (51); basta la misma como hecho objetivo.

El animus domini debe ser complementado con un elemento material exterior, perceptible por los sentidos. Este elemento es como regla, la posesión que el tradens ejerce sobre la cosa. Al estar en posesión de la cosa, entra en función la presunción de propiedad del art. 854 C.c., que refuerza la apariencia del tradens y la confianza del adquirente.

El elemento psicológico de la apariencia se produce, -- cuando el elemento material crea una situación de error, -- que da pie a la buena fe del adquirente.

2.- Gran parte de la doctrina exige que la buena fe -- del accipiens se encuentre objetivamente vinculada con la -- posesión de la cosa por parte del tradens, al ser la posesión considerada tradicionalmente como el medio por excelencia de la publicidad del derecho sobre cosas muebles; se estima que solo la posesión revela la apariencia de un derecho (52), sin embargo, existe una fuerte tendencia que nie-

(51) Cfr. HERNANDEZ GIL, supra nota 52 (CAP.I), p. 428.

(52) JORDANO BAPEA, supra nota 99 (CAP.I), p. 691; BARASSI, supra nota 123 (CAP.I), p. 453. Para MELON, supra nota 104 (CAP.I), p. 135, al estar el tradens en posesión -- se presume su propiedad, presunción a partir de la cual tiene lugar la apariencia de propiedad y de aquí la -- AND. Con la misma orientación NÚÑEZ LAGOS, supra nota 114 (CAP.I) p.76. Cfr. PUGLIATTI, supra nota 157 (CAP.I)p. 279.

ga a la posesión la estructura de una forma de publicidad - (53) y como reconoce Barassi, la ausencia de posesión del tradens, "(...) non esclude che il proprietario il quale voglia reivindicare la sua cosa mobile (...) debba provare la non buona fede dell'acquirente: a non limitarsi che il terzo alienante non era possessore (...) " (54). Suscita dudas si la apariencia jurídica se integra, caso de ser el enajenante un poseedor mediato. Para Angel Sanz, la posesión del tradens debe ser material y efectiva, "(...) única que lleva en sí la apariencia y visibilidad necesaria para producir una adecuada publicidad (...) " (55).

(53) Estima MENGONI, Gli acquisti, p. 328, que la posesión del enajenante, por sí sola no es fuente de apariencia de derecho. "(...) esso -dice- non è in grado di segnalare alcunché all'infuori di se stesso (en nota, -- agrega: "Anzi non è in grado di segnalare compiutamente nemmeno se stesso, perché esteriormente il possesso non si distingue dalla detenzione"), e perciò non è in grado di fornire alcuna base oggettiva alla buona fede". Más adelante (p. 339), agrega: "Perciò, una volta deciso che il terzo, in quanto abbia conseguito il possesso, merita di essere tutelato indipendentemente della connessione della buona fede con uno stato di -- apparenza di titolarité dell'alienante, non resta che accontentarsi di un requisito minimo di obiettività della buona fede riferito allo stesso acquirente e costituito dalla diligenza almeno sommaria del controllo della legittimazione".

(54) BARASSI, supra nota 123 (CAP.I), quien agrega que: "Quel che importa è la buona fede: il possesso dell'alienante si limita ad essere un indice esteriore che può aver concorso a determinare la buona fede dell'acquirente".

Para MONTEL, supra nota 105 (CAP.I), p. 130, la razón principal por la cual el tradens debe estar en posesión de la cosa, radica en que el art. 1153 CCI, exige una "consegna" de la cosa, lo que implícitamente significa que el enajenante debe estar en posesión. Señala eso sí, que la posesión del tradens no es indispensable en el momento de las negociaciones, sino sólo en el momento de hacerse entrega de la cosa. En este sentido también GENTILE, Supra nota 16 (CAP.II), p.245.

(55) SANZ, supra nota 60 (CAP.I), p. 197.

En la mediación posesoria, la presunción de propiedad, viene referida al poseedor mediato (véase lo que decimos en supra página 178 y ss.); el poseedor inmediato tiene a su favor una presunción de derecho a poseer en el concepto en -- que posea, como poseedor alieno nomine (art. 281 C.c.). Una vez demostrada la mediación posesoria, la apariencia de propiedad del enajenante-poseedor mediato, capaz de inducir en error al adquirente, de manera que no es indispensable una posesión material de la cosa por parte del non dominus. Ade más, no se puede dejar de lado la realidad; la vida moderna ha dado origen a un sinfín de necesidades que nuevos bienes vienen a satisfacer, los cuales no siempre son de fácil adquisición, se necesitan temporalmente o se entregan a otro para su reparación o custodia. El principio de la división del trabajo en la sociedad contemporánea --concentrada en -- grandes aglomeraciones urbanas-- impone cotidianamente la ne cesidad de confiar cosas propias, a personas totalmente des conocidas. Asimismo, la necesidad de expansión de la producción, exige frecuentemente que la posesión ejerza sus funcio nes separada de propiedad (56). En todos estos casos, el -- propietario debe separarse de la posesión inmediata de la - cosa. Resulta entonces frecuente y normal que quien adquiere una cosa mueble, se encuentre con que su enajenante no es

(56) Cfr. MENGONI, Gli acquisti, p. 85.

poseedor efectivo, sino un tercero, pero no por ello el adquirente debe dudar sobre la legitimidad del derecho del enajenante; tiene ante sí, una situación que se presenta cotidianamente, capaz por ello de llevarle al convencimiento de estar contratando con el propietario. Si esta circunstancia fuera motivo de sospechas por parte del accipiens, sería perjudicial para la normal circulación de bienes; los adquirentes terminarían por exigirle al tradens una prueba definitiva de su derecho de propiedad, lo que está visto que en materia mobiliaria es generalmente imposible de aportar, o en todo caso, se produciría una dilación indeseable para la agilidad que exigen las transacciones,

El mediador posesorio completa la apariencia del enajenante, al reconocer el derecho de propiedad del transmitente, aunque bastará que reconozca su posesión mediata, sin que sea necesario que lo haga expresamente, bastará que sea así implícitamente (57).

En la legislación alemana se admite la AND realizada - en estas circunstancias, con el único requisito de la cesión de la pretensión de entrega (58).

(57) Para MONTEL, supra nota 105 (CAP.I), págs. 130-131 y - MELON, supra nota 104 (CAP.I), págs. 150-151, es posible la AND si el tradens es poseedor mediato.

(58) El parágrafo 934 del BGB, dispone que: "Si una cosa -- enajenada según el parágrafo 931 no pertenece al enajenante, el adquirente se hace propietario con la cesión de la pretensión, si el enajenante es poseedor mediato de la cosa; en caso contrario, cuando obtenga del tercero la posesión de la cosa, a no ser que al tiempo de la cesión o de la adquisición de la posesión no esté - de buena fe". El parágrafo 931, estipula que: "Si un -

No existe ningún obstáculo en nuestro Derecho positivo que impida la AND, si la cosa no es entregada al accipiens por el tradens. El art. 481 C.c., habla en términos genéricos de la "tradición" de la cosa al adquirente, lo que no es tá contra la posibilidad de que sea a través de un representante posesorio, que el enajenante entregue la cosa al adquirente, entrega que refuerza la buena fe del tercero.

Quizá lo más importante sea cuestionarnos si es indispensable una relación de mediación posesoria entre el enajenante y el poseedor material de la cosa, y si es posible que la apariencia que entonces pueda ofrecer el enajenante se baste por sí misma, induciendo en error al adquirente. En -- otras palabras, si a pesar de no ser el enajenante poseedor de la cosa, es posible presentar una apariencia de titularidad que haga caer en error al contratante y pueda por tanto verificarse la AND.

Para Melón, si "(...) el tercer adquirente toma por verdadero titular al que no lo es, en virtud de una circunstancia que no sea su posesión de la cosa que enajena, no puede ni debe entrar en juego a favor del adquirente la norma de protección del art. 464" (59). Más adelante agrega: "... la existencia de esta posesión corporal ha de apreciarse --

(Cont. de la pág. anterior).

tercero está en posesión de la cosa, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que el propietario ceda al adquirente la pretensión de entrega de la cosa".

(59) MELON, supra nota 104 (CAP.I), págs. 135, 153. Como -- sabemos el art. 464 CCE de acuerdo con la interpretación germanista, admite la AND.

con cierta flexibilidad. Para que esta posesión corporal -- exista no es necesario exigir en el tradens un contacto físico y directo con la cosa, sino que, por el contrario, basta que ostente sobre ella un mero señorío fáctico (...) apto para fundar en los terceros la creencia de que ese señorío, esa relación con la cosa, es consecuencia o manifestación externa de una verdadera y efectiva titularidad" (60).

En primer lugar, al no ser el enajenante poseedor de la cosa, ya no sería posible aplicar la presunción legal de propiedad. Desde un punto de vista lógico-práctica, lo adecuado es colocarse en la posición del adquirente. No es imposible que el poseedor material de la cosa, mediador posesorio del dominus, simule o por cualquier otra circunstancia, aparezca como mediador posesorio del enajenante, ¿cómo puede el adquirente distinguir si el tradens es o no poseedor mediato? Ese señorío fáctico a que alude Melón, puede aparentarse, sin que quena distinguirlo con el demostrado por quien fuera el propietario verdadero. Es perfectamente posible en estas circunstancias, la creación de una representación falsa por parte del adquirente, sin perjuicio de que incurra en culpa grave, lo que tampoco tiene porqué ser siempre así. Si se admite la formación de una apariencia apta para inducir en error al accipiens, en caso de posesión mediata del tradens, también el error es posible, si la posesión, mediata es aparente. Si el adquirente se convence de

(60) MELON, *supra* nota 104 (CAP.I), págs. 140-41.

la posesión mediata del tradens, llegaría incluso -aunque - fuera una ficción- a sentirse protegido por la presunción - legal de dominio del enajenante. De manera que, la valora-- ción de las circunstancias no debe tener como punto de re-- ferencia, elementos constantes y rígidos, sino flexibles y casuísticos, que pueden hacer caer en una interpretación -- errónea al más prudente. Una posesión mediata aparente es - capaz de producir una apariencia jurídica, bastando con que el adquirente presuma "de hecho", y sin culpa grave, la pro-- piedad del non dominus. Esta posibilidad ha sido recogida - en el Código civil alemán, siempre y cuando, el adquirente reciba la cosa del poseedor; antes no (61).

(61) Véase el parágrafo 934 del BGB, transcrito en supra no-- ta 58. Sobre el punto ha expresado WOLFF, supra nota - 24 (CAP.I) p. 459, que: "La transmisión es por "entre-- ga" no sólo cuando el enajenante (no propietario) ha-- ce entrega personal de la cosa, sino también cuando la efectúa el poseedor inmediato por "orden del enajenan-- te, siendo indiferente que este poseedor inmediato sea o no mediador posesorio del enajenante". Más adelante dice: "El pensamiento aquí latente puede prolongarse - más allá del caso singular de cesión de la pretensión - (...). Así pues, ese pensamiento latente, en su configu-- ración general, podría expresarse en estos términos: El que no tiene la propiedad ni la posesión puede procurar la propiedad al adquirente de buena fe (no por mero -- convenio por ejemplo, ni por cesión de su pretensión) en virtud de conseguir que el tercer poseedor, transmi-- ta al adquirente la posesión (con carácter de posesión en nombre propio)". Opina distinto HEDEMANN, supra no-- ta 68 (CAP.I), p. 193.

En síntesis, para que la AND tenga lugar, no es indispensable que el adquirente reciba del enajenante la posesión de la cosa (61 bis), pero sí de quien la tenga y la haya recibido del propietario (62), salvo el caso de culpa grave - del accipiens, que impide la adquisición, conforme con lo que diremos más adelante.

3.- La apariencia del no titular no necesariamente es de propiedad. Bastará, v.g., la de usufructuario, si lo que se pretende es ceder un derecho de usufructo (63).

Si el cedente es poseedor, no creemos que el cesionario se encuentre obligado a indagar acerca de la existencia del derecho del primero; el hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer (art. 281 C.c.), y el título (art. 854 C.c.), salvo si a pesar de todo, se deducía de las circunstancias una obligación de diligencia que no se podía eludir.

La presunción de tener el cedente el derecho que aparenta en la cosa, no abarca su facultad de cederlo, no obstante legalmente venga contemplada (64), sin necesidad de pac-

(61 bis) Opina distinto GENTILE, supra nota 16 (CAP.II), p. 245, para quien, "(...) la consegna, cioè, deve avvenire da parte dello stesso soggetto (non dominus) che -- Fornisce il titolo di acquisto".

(62) Se debe adquirir la "posesión" a non domino y no solo el título. En este sentido, sostiene MENGONI (Citado - por MONTEL, supra nota 105 (CAP.I), págs. 130-31) que es improcedente la adquisición de quien, "(...) presentandosi nella casa del dominus in assenza di questi, e allegando in buona fede che il bene sia del non dominus che glielo ha trasferito e il proprio titolo di -- compra-vendita, se lo faccia dare da un familiare del dominus".

(63) Cfr. SACCO, supra nota 16 (CAP.II), p.185; GENTILE, supra nota 75 (CAP.I), p. 193.

(64) "El usufructuario -dice el art. 341 C.c.- puede (...)

to expreso, toda vez que esa facultad, pudo ser limitada contractualmente por el propietario de la cosa.

En síntesis, el cesionario a non domino, estará obligado, como regla, a indagar sobre las facultades del cedente para disponer de su derecho, de lo contrario incurrirá en culpa grave, con lo cual, en última instancia, averiguará, si el cedente tiene o no el derecho que ostenta.

Las posibilidades de que el usufructuario aparente constituya un derecho de prenda sobre su aparente derecho, son remotas, en vista de la exigencia del art. 534 del Código de Comercio, de acompañarse al contrato de prenda de una constancia auténtica de que el derecho de usufructo se otorgó en instrumento público.

V.- Si la cosa mueble se adquiere por intermediación de

(Cont. de la pág. anterior.)

disponer de él (de su derecho) libremente, por todos - los medios que permite el derecho (...)" El art. 348 C.c., pareciera dar otra idea, cuando dispone: "El usufructuario que sin consentimiento del propietario enajenare su derecho, en cualquier forma responderá de los daños que los bienes sufran por culpa del que lo sustituya". Señala BRENES CORDOBA, Tratado de los bienes, p. 78, que: "(...) el usufructuario puede disponer libremente de su derecho: hipotecarlo, cederlo, darlo en arrendamiento o de cualquier otro modo comprometerlo o traspasarlo a un tercer (Con limitación al tiempo del usufructo, art. 341 C.c.) (...) Responde al nudo propietario de los daños que el adquirente o cesionario ocasione, excepto si para hacer el traspaso obtuvo su consentimiento, pues entonces el tercero responde directamente al dueño de la casa".

otra persona, se presenta el problema de determinar a quién se ha de exigir la buena fe; si al mandatario o al mandante.

La doctrina se encuentra dividida en este punto. Para Albaladejo (65) y Hedemann (66), la buena fe debe exigirse al mandatario. Para Hupka, la buena fe debe darse en el -- mandante (67). Para Melón, tanto el mandante como el manda-

-
- (65) ALBALADEJO, M., en sus Notes a El negocio jurídico, de Carriote Ferrera (Aguilar, Madrid, 1956), p. 586.
- (66) HEDEMANN, supra nota 68 (CAP.I), p. 192.
- (67) HUPKA, J., La representación voluntaria en los negocios jurídicos (Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1930), p. 62, para quien: "La ratio de los preceptos favorables a la adquisición de los derechos reales tiene claramente por objeto proteger la confianza del "adquirente" en la licitud de su adquisición. La buena fe de éste sirve de base a la adquisición; su mala fe la hace imposible. Na da tiene que ver esta ratio con la conciencia de aquel que, por medio de su actividad, sirve meramente de intermedio en la adquisición, y para la adquisición - del derecho del otro la bona fides de ese intermediario no puede ser ni necesaria ni suficiente. Por tanto, la mala fides del representante no perjudica al principal (salvo que actúa "in rem suam") y ello es así no sólo - cuando el principal mismo ha contratado individualmente en el anodramiento de la cosa que se ha de adquirir, sino también cuando la cosa es individualizada por el representante en uso de un poder general. Por otra parte, la mala fe del representado en el momento del anode ramiento o en el de la adquisición, hace imposible en absoluto el resultado adquisitivo, por más que el re-- presentante haya obrado de buena fe". En este sentido también ROCA CASTRE, R., Derecho Hipotecario (5ª ed., Bosch, Barcelona, 1954) T-p. 537, con la excención de la representación legal de incapaces. Para Federico -- de Castro (Apuntes de Lecciones, citado por Amorós, supra nota 64 (CAP.I), p. 221), la buena fe ha de exigírse al dominus negotii, es decir, al mandante. Si el re-- presentante obró de mala fe, el dominus incurrirá en - cierta responsabilidad, pero de forma indirecta, como - persona con poder sobre otra y de cuyos actos debe res pponder.

tario deben actuar de buena fe (68). En opinión de Amorós, se deben distinguir dos situaciones, según el mandatario tenga un poder amplio o uno especial y concreto. En el primer caso, la buena fe la deberá tener el mandatario, que es quien elige, determina y aprecia el bien, mientras que si el mandante otorga un poder para la compra de un objeto concreto a una persona individualizada, la buena fe debe exigírsele a él, pues el mandatario se limita a cumplir órdenes (69).

Esta posición es a nuestro juicio bastante aceptable, pero deja de lado la eventual mala fe del mandante, quien no obstante haber otorgado un poder amplio para la adquisición de una cosa, puede incurrir en mala fe, previamente a la entrega de la misma por parte del enajenante (*non dominus*), pues no basta ser de buena fe al momento de las negociaciones; la AND no se verifica hasta tanto la cosa sea entregada al accipiens o a su mandatario, mientras ello no ocurra, el mandante puede incurrir en mala fe. En esta circunstancia no es posible permitir la AND; al mandante no le debe aprovechar la buena fe del mandatario, si conoce la falta de titularidad del enajenante, pues se violaría así la exi-

(68) MELON, *supra* nota 35 (CAP.I), págs. 137-39. A esta solución se llegó en el Proyecto europeo de Ley uniforme sobre la venta de bienes muebles, art. 8-I.

(69) AMORÓS, *supra* nota 64 (CAP.I), p. 221. Esta solución ha sido recogida en el parágrafo 166 del BGB y en el artículo 1391 del Código civil italiano.

gencia de la buena fe que debe tener el adquirente a non domino. A la inversa, si el mandatario con poder especial es de mala fe y el mandante es de buena fe, la mala fe de aquél, no enerva la adquisición, al realizarse ésta en beneficio - de quien es de buena fe, es decir, en provecho del mandante. Creemos que no es posible alegar, que quien se sirve de un intermediario para adquirir una cosa, debe soportar el riesgo de su mala fe; si el accipiens ha sido de buena fe (y si se cumplieron los restantes requisitos legales), eso basta para admitir la AND. La voluntad negocial ha sido la suya - y no la del mandatario (ya sea directo o indirecto) (70).

En síntesis, cuando el mandatario tiene un poder general o superior, la buena fe debe exigirse a ambos: mandante y mandatario, mientras que si éste tenía un poder especial para la compra de determinado objeto, la buena fe se exige solo al mandante.

(70) En el fondo, ALBALADEJO, supra nota 65, p. 586, llega a admitir esto cuando plantea su punto de vista: "En la representación directa voluntaria -dice-, el negocio tiene como sujeto al representante aunque los efectos se den directamente para el representado. O sea que se acepta la teoría de la representación (...), y de ella es consecuencia lógica que, salvo para los puntos predeterminados por el representado -respecto de los - que se puede entender que el representante, en cuanto al resultado, se acerca a un nuntius- lo que en el negocio se refiere a la declaración de voluntad y a sus requisitos, lo mismo que al conocimiento o al haber -- debido conocer o al ignorar determinadas circunstancias, debe valorarse con referencia al representante, mientras que para otros requisitos (legitimación, ausencia de prohibiciones) hay que atender al representado. Creemos asimismo que, por las exigencias de la buena fe -- (...) es inadmisibles que el representado de mala fe -- pueda beneficiarse del estado de ignorancia o de buena fe del representante".

Si se trata de una representación legal, o de una persona jurídica, la buena fe debe concurrir, exclusivamente en el representante (71).

VI.- El adquirente a non domino ha incurrido en culpa si su comportamiento ha sido negligente al adquirir la cosa ajena (72). Si esa culpa es grave, la AND no se consolida, por equipararse con la mala fe (73). La culpa está en función de la posibilidad del accipiens de detectar la falta de titularidad del enajenante. Se estima que el ordenamiento no debe admitir por razón de defensa social, que situaciones antijurídicas sean inmunes a una sanción, con motivos de --

-
- (71) Cfr. AMOROS, supra nota 64 (CAP.I), p.221; BRENES CORDOBA, Tratado de los bienes, p. 42. Si se trata de la representación de una persona jurídica, lo que decide, dice HEDEMANN, supra nota 68 (CAP. I), p. 192, "(...) es el conocimiento de los hechos por parte del órgano representativo de la entidad. Si consta de varios miembros, el conocimiento por parte de uno solo de ellos -- (o su falta de conocimiento debido a negligencia grave) causa mala fe en la persona jurídica. Una excepción sería admisible solamente en el caso de que los diversos negocios estén rigurosamente repartidos entre aquellos, pero aún entonces habrá muy serias dudas (...). Por el contrario, habrá que tener en principio por irrelevante la mala fe de un socio cualquiera".
- (72) En términos generales, concurre la culpa, dice TRIMARCHI, supra nota 80 (CAP.I), p. 139, cuando: "(...) -- l'evento dannoso non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia; ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline".
- (73) Antecedente romanos: Ulpiano, Dig. XI, VI, L. 1ª, NºI: "Lata culpa plane dolo comparabitur; Ulpiano, Dig. -- XVII, I, L. 29: "Dissoluta negligentia prope dolum est; Paulo, IX,II,L.31: "Culpa est, quod, quum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiandum esset, quum periculum evitare non possit".

estados de conciencia errónea, la cual se hubiera evitado - con el empleo de una mediocre diligencia. Allí donde existen síntomas de ilegitimidad del origen de la posesión, no haber procedido a realizar investigaciones, evidencia una - estado de conciencia, equiparable con la mala fe (74). ¿Significa lo anterior, que la culpa grave excluye la buena fe? Previamente a contestar, veamos rápidamente la posición de la doctrina.

Bruns (75), es quien inicialmente eleva la culpa a elemento constitutivo de la buena fe. Un exámen a la ligera, de las circunstancias no conduce a la buena fe. La buena fe es objetiva y no subjetiva; lo que importa no es lo que efectivamente se crea, sino lo que se ha podido y debido creer. - La valoración de la culpa es genérica y a priori.

Es Bonfante (76), en su crítica a Bruns, quien señala el camino a seguir en esta materia. Ha estimado que la culpa nada tiene que ver con la buena fe; la buena fe puede -- ser gravemente culposa. Y aún más, se podría afirmar, con - Gómez Acebo (77) que cuando concurre la culpa, se deduce la buena fe.

(74) CANDIAN, supra nota 62 (CAP.I), p. 397.

(75) Citado por GÓMEZ ACEBO, supra nota 106 (CAP.I), p. 125. Una síntesis de las distintas teorías, en p. 120 y ss, de su monografía.

(76) Ibid.

(77) Ibid, p. 126.

Desarrollando esta doctrina, sostiene Mengoni, que la relación de la culpa con la buena fe no es de esencia, sino de suficiencia (79). En este sentido ha expresado que: "L'errore non perde la sua identità quando trae origine dalla negligenza dell'errante, onde l'interprete non può affermare il requisito della scusabilità esplicando l' "elemento della riflessione" como un predicato già contenuto nel concetto di buona fede. La colpa non pone in questione l'esistenza, ma la suficiencia della buona fede ai fini della tutela giuridica (...)" (80).

La culpa grave no excluye la buena fe (81), lo que no es óbice para parificar, en la práctica y "quoad effectum", la culpa grave con la mala fe (82), siendo en esencia distintas. La equiparación es a nivel de trato jurídico, pero -

(79) MENGONI, Gli acquisti, p. 319, 338.

(80) MENGONI, Gli acquisti, p. 319.

(81) Opina distinto de LOS MOZOS, supra nota 109 (CAP.I), - p. 66, quien siguiendo a Carnelutti, estima que la culpa excluye la buena fe, "(...) porque no puede haber intención de obrar según el Derecho, en quien no usó la debida diligencia en la previsión (culpa en la previsión), o bien en quien no se plantea el problema en torno a la licitud jurídica de su acto (culpa con previsión)".

(82) Esto significa, nos señala MONTEL, supra nota 105 -- (CAP.I), p. 84, una exclusión de la eficacia de la buena fe, pero no de ésta. "(...) nell'ipotesi di mala fede -dice (lugar citado)- la fattispecie non è completa; nell'ipotesi di colpa grave, invece, pur essendo perfetta la fattispecie, vi è un fatto che dall'esterno ne paralizza l'efficacia (...)". Se refiere en este caso a la AND en concreto.

nunca de concepto. Tengamos también presente, que en materia de AND, la buena fe del adquirente no es la causa de la AND (83); funciona aquí como un presupuesto de legitimidad exigido para la creación ex-lege del derecho de que se trate(84).

Un ejemplo de culpa grave lo encontramos cuando se ignora la publicidad registral, u formas análogas de publicidad del derecho del enajenante. El accipiens puede creer en la titularidad del enajenante, pero incurre en culpa grave, si no verificó su titularidad en el Registro respectivo (85). Con una investigación sumaria de los libros del Registro, - hubiera descubierto que la cosa pertenecía a un tercero, o bien que ya no pertenecía al enajenante, por encontrarse -- resuelto o rescindido su derecho, por indicarlo así una anotación marginal a la inscripción principal.

VII.- No existe en nuestro Código civil una disposición

(83) Véase supra página 53

(84) Cfr. GOMEZ ACEBO, supra nota 106 (CAP.I), p. 128.

(85) No deja de inquietar la observación de SOTELA MONTAGNE, supra nota 245 (CAP.II), p. 178, para quien la eficacia del gravamen prendario, inscrito en el Registro General de Prendas, frente a terceros (art. 542 C.Com), que ignoran su existencia, atenta contra el tráfico y el principio (citado por él), "En muebles la posesión vale por título", interpretado como regla de fondo, es decir en lo que concierne al art. 481 C.c. Pero el interés social impone organizar esta forma de publicidad con eficacia erga omnes. Además, la accesibilidad a -- los libros del Registro, hace posible que el tráfico jurídico discorra sin mayores inconvenientes.

que en forma expresa señale el grado de diligencia que debe tener el adquirente a non domino, como lo hacen Códigos más modernos, así por ejemplo el BGE, en su parágrafo 932 (86).

A través de algunas disposiciones de nuestro texto legal, podemos determinar el trato jurídico que el legislador ha querido dispensar, en general, a quien procede culposamente.

En materia de posesión, el Código no se muestra muy preciso. En lo que interesa, el art. 285 C.c., estipula que: "Si había motivo suficiente para que dudara (el poseedor) - corresponderle tal derecho, no se le debe considerar como poseedor de buena fe".

Se refiere este artículo no a la existencia de la duda sino a la posibilidad de que el poseedor hubiera debido tener una, situación distinta aunque cercana a la culpa grave, o posibilidad de que el poseedor adquiriera la certeza de no tener derecho a poseer la cosa. Si en caso de una posibilidad de duda, se dispone la equiparación con la mala fe, - con mayor razón, no debe considerarse como de buena fe, a quien pudo tener la certidumbre de ser poseedor sin derecho, es decir, si su comportamiento fue culposo (87).

(86) En lo que interesa dispone que: El adquirente no está de buena fe si es conocido para él, o desconocido a consecuencia de culpa grave, que la cosa no pertenece al enajenante".

(87) En términos generales, para PRENES CORDOBA, Tratado de los bienes, p. 40, es poseedor de mala fe, "(...) el que por su culpa grave ignora el vicio de su adquisi--

Estimamos excesivo el nivel de diligencia que el legislador ha pedido al poseedor; normalmente todos tenemos dudas sobre la legitimidad de la posesión que ejercemos en nuestros bienes y no por eso debemos considerarnos como de mala fe. Deja abierta este artículo la vía para sancionar a quien incurrió en culpa leve, que en el fondo se equipara a la posibilidad de haber meramente dudado del derecho a poseer (88), cuando en equidad, lo exigible es un comportamiento normal y no excesivamente prudente, al menos dentro del común de los casos. Más que a quien debió dudar, el legislador debió considerar como de mala fe a quien actuó con culpa grave, estando así en armonía con la realidad. Una posible alternativa, consiste en equiparar con la mala fe so-

(Cont. de la pág. anterior).

ción, por ejemplo, aquel que compra a un desconocido un objeto que resulta ser perdido o robado, sin cerciorarse de la legitimidad de la operación que realiza y en condiciones tales que no pueden menos de despertar en su ánimo sospechas al respecto". Estas sospechas no pueden ser simples sospechas, sino sospechas graves, pues de una u otra forma todos tenemos sospechas en una circunstancia como ésta, pero no todas conducen a considerar como de mala fe al poseedor, sino aquellas que debieron "despertar en su ánimo" la certeza sobre la procedencia ilegítima de la cosa.

- (88) Las codificaciones modernas equiparan sólo la culpa grave, con la mala fe, y no la leve. Véase en este sentido el parágrafo 932-II BGB, ya citado. El Código civil español nada dice sobre la culpa grave en el adquirente a non domino, a lo cual observa ROCA CASTEL, *supra* nota 25 (CAP.I), p. 276 que: "(...) la culpa grave como requisito negativo de la tutela del adquirente -- "a non domino" sólo debe ser admitida cuando la ley lo establece de un modo expreso, pero, cuando esta previsión falta, la irrelevancia de la culpa grave es evidente". Más apropiada es la opinión de AMORCS, *supra* nota 64 (CAP.I), p. 220, quien estima que: "(...) no habría

lo a una posibilidad de duda grave y no de cualquier duda, que devendría en extremo oneroso para el poseedor.

También, dentro del campo de la posesión, el Código civil se refiere de nuevo a la diligencia del poseedor, cuando dispone en el art. 333, que: "El que después de contestada la demanda se hubiese puesto por su culpa en la incapacidad de restituir la cosa, se considerará para los efectos de la restitución o indemnización, como poseedor de mala fe". Es bastante claro que se hace una equiparación de la culpa con la mala fe, distinguiendo a la vez la una de la otra; la equiparación es en cuanto a los efectos de la mala fe, única y exclusivamente, lo que revela una técnica adecuada por parte de los codificadores.

El art. 502 C.c. que regula al "hallazgo" de un mueble, implícitamente se refiere a la culpa, equiparándola con la mala fe, cuando dispone, en lo que interesa, que: "El que omitiere anunciar el hallazgo en el periódico oficial, se considerará como poseedor de mala fe de la cose encontrada (...)" . La omisión a que alude este artículo constituye un hecho objetivo en la valoración de la conducta del hallador, quien a pesar de poder ser de buena fe, se considerará como de mala fe, si incurrió en la indicada omisión.

(Cont. de la pág. anterior).

inconveniente en admitir que la culpa grave equivale a mala fe, o por lo menos excluye la buena fe (...)" . Para GOMEZ ACEBO, supra nota 26 (CAP.I), p. 234, se debe exigir diligencia media al accipiens.

Señalamos en supra página 351., la aplicabilidad en materia de AND , de la definición de buena fe contenida en el art. 285 C.c., por lo cual, debemos admitir la aplicación de lo que dispone este artículo en torno a la diligencia del poseedor, con la observación de que solo la culpa grave debe equipararse a la mala fe, o bien, la posibilidad de una duda grave, pudiendo en síntesis afirmar, que, mediante la aplicación del art. 285 C.c., el adquirente a non domino debe estar libre de culpa grave para ser protegido. (89).

Ofrece interés determinar los alcances de la culpa grave del adquirente a non domino, desde un punto de vista penal.

El art. 322 del Código Penal, referente a la adquisi--

(89) En el Derecho francés, se sostiene también que la culpa grave impide la AND. En este sentido SOLUS, H., Voz: "Propriété et droits réels", en Revue Trim., 1961, p. 342, refiriéndose a la buena fe del adquirente a non domino expresa que: "(...) s'apprécie en fonction des circonstances dans lesquelles a eu lieu l'acquisition; de telle sorte qu'elle doit être tenue pour exclue -- s'il est démontré que, en acquérant, le possesseur a passé outre aux soupçons que les conditions de fait de l'acquisition étaient de nature éveiller en lui et a négligé de prendre la précaution de se renseigner sur l'origine et la légitimité de la détention de la personne avec la quelle il a traité". En el Derecho italiano por aplicación del art. 1147 CCI, se exige al adquirente buena fe sin culpa grave. Cfr. MENGONI, Gli acquisti, p. 324 y ss., para quien, "(...) la buona fede non giova se dipende da colpa grave".

ción incauta o de cosas de proveniencia sospechosa, estipula que: "Será reprimido con prisión (...) el que, sin promesas anterior al delito recibiera cosas o bienes que de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un --delito" ¿Es culpable de este delito el adquirente que tuvo culpa grave, si la cosa había sido estafada o apropiada indebidamente por el enajenante?

La jurisprudencia y la doctrina italiana distinguen -- entre la culpa grave que impide la adquisición a non domino y la que configura el delito de adquisición incauta de muebles. Se sostiene que tienen distinta naturaleza (90). De ahí que se considera irrelevante la condenatoria a la absolutoria del adquirente en sede penal (91).

(90) El motivo de esta distinción lo explica NUVOLONE, P., Ricettazione, incauto acquisto a possesso di buona fede, nota a la sent. de la Corte D'App. di Milano, de 3 de marzo de 1956, en Foropad., 1957, p. 596 yss., indicando que conforme al Código Penal italiano, art. 712, referido a la incauta adquisición, el delito se configurará con solo que existieren motivos para que el adquirente "sospechara" el origen delictivo de la cosa, -- mientras que conforme al art. 1147 del CCI, existe -- culpa grave por parte del adquirente, si pudo conocer con un mínimo de diligencia la proveniencia ilícita -- de la cosa, lo que es una situación distinta de la anterior. Así también se estima que el concepto de dolo a los fines del delito de receptación no coincide con el concepto de mala fe en tema de posesión; en este -- sentido la sentencia de la Corte D'App. di Palermo, -- de 2 de mayo de 1947, in Foro Sic., 1947, p. 152; App. Torino, 6 de mayo de 1946, in Foro pad., 1946, I, 515.

(91) En este sentido la sentencia del Tribunale di Napoli -- del 28 de marzo de 1955, in Dir. e Giur., 1955, p. 493, resolvió, que: "La sentenza che assolve dall'imputazione del reato di incauto acquisto non preclude al giudice civile (...) di desumeredai fatti stessi gli estremi della colpa grave". En la nota crítica (p. 496), se

La única negligencia del adquirente que impide la AND, es la que ocasiona su culpa grave, o posibilidad de conocer la falta de titularidad del non dominus. Para que se tipifi que el delito de adquisición incauta, ya vimos que el adquirente debió haber presumido la procedencia ilegítima de la cosa. Si el adquirente debió conocer la falta de titularidad del enajenante, resulta difícil desligar esa posibilidad, -- de la de haber presumido la procedencia ilegítima de la -- cosa, o sea, si debió conocer la falta de atribuciones del non dominus, es forzosa la asociación con la posibilidad -- de presumir, cuando menos, que las cosas provenían de un -- delito. Desde este punto de vista, una vez evidenciada la -- culpa grave del accinens ante el Juez civil, se podrá condenar en lo penal por el delito de adquisición incauta, pues debió entonces presumir la proveniencia delictiva de la cosa; la culpa en lo civil es comprensiva de la penal. No creemos que a la inversa suceda lo mismo. "Presumir" es desconfiar, es sospechar, creer en algo sin llegar a un convencimiento absoluto, estado psicológico distinto de la "certeza" que debió tener para incurrir en culpa grave; la sentencia dictada en sede penal no vincularía al Juez civil, si se -- condenó al adquirente por existir las circunstancias para --

(Cont. de la pág. anterior).

lee: "E' evidente, infetti, che colpa nello acquistare e non domino è concetto più ampio del semplice sospetto (art. 712 C.p.) di acquistare cosa proveniente da reato".

que al menos presumiera la procedencia ilegal de la cosa. - Si la sentencia penal es absolutoria, el Juez civil estará vinculado; si no se debió presumir la procedencia delictiva de la cosa, menos, se debió adquirir la certeza de lo mismo.

VIII.- La culpa es valorable desde un punto de vista - objetivo o subjetivo. Objetivamente, cuando en la determinación del comportamiento que debió mostrar el adquirente, se toma en consideración un modelo abstracto de conducta. Subjetivamente, si el punto de referencia viene dado por la -- capacidad intelectual y condiciones socio-económicas del - individuo.

Que el error en que consiste la buena fe deba ser justificado, no quiere decir que haya de ser un error invencible, del que no exista manera humana de salir, o en el que se haya caído después de agotar todas las medidas de prudencia que quepan dentro de la humana previsión (92). Se exige al accipiens el empleo de una diligencia normal. Para determinar si existió o no esa diligencia, lo apropiado, estimamos, es atender a las condiciones personales del individuo.

(92) Cfr. MARTINEZ RUIZ, supra nota 99 (CAP.I), p. 934. En general, como indica GOMEZ ACEBO, supra nota 106 -- (CAP.I), p. 128, la culpa debe ser tratada con distinto rigo según sea el caso: así, en materia de adquisición de frutos, la calificación de suficiencia de la buena fe, ha de ser hecha con menos rigor que cuando se trata de la usucapción o de la AND. "Lo que nos parece indudable -dice- es que no cabe exigir una diligencia excencionalmente cuidadosa, salvo en el caso en que así específicamente lo exija el legislador".

Dentro de una valoración objetiva, el punto de referencia en la determinación del grado de diligencia del individuo, está constituido por la diligencia del hombre medio, - en relación con las circunstancias concretas, lo que en sí -- mismo es difícil de establecer. En una colectividad humana se presenta una gran variedad de individuos, de condiciones socio-económicas e intelectuales muy heterogéneas. Sería -- contrario a esta realidad, pretender medir sus conductas de acuerdo con un criterio único; no se puede esperar lo mismo de un obrero que de un intelectual. Partir de un modelo - general implica ser injustos con unos y débiles con otros. Lo adecuado y también más sencillo, es juzgar el comportamiento que debió tener el individuo, conforme a sus condiciones particulares, que en unión con las circunstancias concretas, nos indican realmente si el accipiens debió o no -- conocer la falta de titularidad del tradens (93). El grado de diligencia del adquirente, es un problema a dilucidar en cada conflicto en concreto. Las circunstancias objetivas en razón de las cuales se mide la diligencia del individuo, --

(93) En este sentido MONTEL, *supra* nota 105 (CAP.I) p.85, -- expresa que: "(...) la scusabilità o meno dell'errore non si può stabi lire a priori per determinate categorie - e deve valutarsi non già con criteri rigidi, ma in relazione alla condizione intellettuale, alla categoria sociale del possessore ed alle varie circostanze del caso concreto (...), il che vale ad impedire che l'ignorante e l'ingenuo vengano trattati con maggiore severità che non il furbo, ed evita del pari che alcuno possa trarre vantaggio dalla sua negligenza e trascuratezza".

son v.g., el tipo de bienes o mercaderías enajenadas, su -- precio, el lugar y hora de la adquisición, etc. (94).

Si el adquirente, a pesar de tener, con arreglo a las circunstancias y a sus condiciones personales, un deber de examen y de investigación, que al menos comprenda una indagación sumaria del título del enajenante, no la verifica, -- incurre en culpa grave (95), con las consecuencias que ya -- conocemos. Este deber de indagación, en ciertos casos viene referido a un Registro, v.g., si de acuerdo con el tipo de bien, el título del enajenante debe encontrarse inscrito. --

Para que el accipiens se libre de la culpa grave, bastará con que verifique si el tradens aparece como titular en el Registro (96); por la fe pública que emana de estas insti--

(94) La jurisprudencia italiana es la más prolija y rigurosa en esta materia, lo que se ha hecho necesario, en vista de ser también adquiribles en el Derecho italiano, los bienes sustraídos a su propietario. El Trib. -- Roma en sentencia de 29 de enero de 1960, in Temi Rom., 1960, p. 621, dispuso que: "Non è possessore di buona fede colui che acquista argento in una pubblica piazza, con trattative e consegna immediata, senza pretendere fattura ed a un prezzo inferiore a quello di mercato". Véase también la sentencia App. Caltanissetta, de 28 de mayo de 1957, in Giur. it. Rep., 1957, voce "Possesso", n.27; Trib. Torino, 16 de marzo de 1959, in Giur. it. Rep. 1949, voce "Possesso", n.º.66.

(95) La buena fe del adquirente es en estas condiciones, como indica MENGONI, Gli acquisti, p.340, no solo moralmente no apreciable, sino también una buena fe improbable e inverosímil.

(96) La sentencia de Casación de 19 de agosto de 1948, publicada en Riv. Giur. Cir. e Trasp., 1949, p. 243, resolvió que: "Non può dubitarsi della sussistenza della colpa grave nel caso di acquisto di autoveicolo da chi non ne resulti intestatario nel pubblico registro automobilistico, senza preoccuparsi di accertarsi della -- legittimità dei traspassi intermedi, specie quando il venditori sia persona nota per la sua illecita attività".

tuciones, no es necesario investigar si lo escrito coincide con la realidad (97). La obligación del accipiens de realizar esta indagación es insalvable; es un parámetro que delimita objetivamente su grado de diligencia, sin importar sus condiciones personales, es decir, si de acuerdo con su status socio-económico y capacidad intelectual, se encontraba o no obligado a revisar las inscripciones registrales. Esta situación aparece injusta frente a aquellos casos, en que por las condiciones personales del individuo, no se le pueda imputar culpa grave, supuesto poco común, pero no imposible. La culpa grave es impuesta en estas circunstancias por el ordenamiento, por necesidades de la organización social que exige otorgar certeza a las titularidades de ciertos bienes de gran valor e importancia para la colectividad. A través

(97) MARTINEZ RUIZ, supra nota 99 (CAP.I), p. 936, propone algunas pautas que los jueces podrían seguir en la determinación de la negligencia del tercero. Por ejemplo: "a) Cuando la situación verdadera ha sido objeto de una medida de publicidad, el tercero no podrá ampararse en el error (...). Con una conducta diligente de su parte, hubiera podido conocer la verdadera situación (...); b) Los Tribunales pueden tener en cuenta también, para ver si la conducta del tercero es negligente, el carácter normal o anormal de la operación efectuada por el titular aparente. En presencia de una operación normal y habitual, los terceros no tendrán porqué exigir justificaciones; c) En definitiva, los Tribunales deberán investigar si el tercero había tenido la posibilidad material o moral de informarse y conocer la situación verdadera (...)".

Para GENTILE, supra nota 16 (CAP.II) págs.252-53, debe atenderse así el precio es vil, a la cantidad del vendedor y a la calidad del objeto.

de los registros públicos se da publicidad a determinados - hechos jurídicos respecto de los cuales existe un interés - general en conocerlos. Por ello la ley organiza y regula la publicidad que es erga omnes, no debiendo ser ignorada por nadie, en perjuicio de ese interés. El interés en proteger el tráfico jurídico cede ante el interés en proteger este - tipo de propiedad consolidada, no obstante y desde un punto de vista subjetivo, al accipiens no incurriera en culpa grave.

Por último, si el accionante no ejerce la acción rei-- vindicatoria, sino la de "rescate" (98), en esta hipótesis el art. 481-II C.c., parece haberse preocupado de exigir al adquirente una diligencia valorable objetivamente, en relación con las formalidades que usualmente concurren cuando - se compra una cosa a un mercader que vende cosas semejantes, en feria o en una venta pública. La culpa se valora en es-- te acto con independencia del elemento subjetivo, es decir, con abstracción de la "opinio iuris" del accipiens. Si no - se cumplieron las formalidades usuales, el demandado no -- tiene derecho a exigir el reembolso del precio pagado a su enajenante. Esta disposición, a nuestro criterio, no se justifica, si no es valorando el caso conjuntamente con las -- condiciones personales del adquirente. Si existe un interés

(98) Véase supra página 293

social en proteger las adquisiciones realizadas en las circunstancias supra indicadas, obligando al dominus al reembolso del precio, esta protección no es plenamente efectiva y se debilita, si se omite valorar el factor subjetivo de la adquisición. Si tiene lugar la AND de una cosa estafada o apropiada indebidamente en perjuicio de su dueño, expresamos, que en dado caso, la diligencia del accipiens se debe valorar subjetivamente; no existe razón para distinguir -- cuando el adquirente lo es de una cosa sustraída o perdida comprada en las circunstancias señaladas arriba, y aunque -- el resultado de la protección sea distinto; si la valoración de la diligencia del adquirente a non domino de una cosa, -- es subjetiva, a fortiori, así también, la de quien tenga -- únicamente la opción del reembolso del precio pagado a su -- enajenante.

IX.- Un estado de duda es distinto del que tiene quien actúa con culpa. En el primer caso existe un ánimo indeterminado entre dos extremos que se contradicen; se está consciente de que tanto uno como el otro pueden ser ciertos, -- sin llegar a establecer cuál de los dos (99). Es una disposición del intelecto ubicada entre la buena y la mala fe, -- en donde el estado de ignorancia es consciente y el acci--

(99) La "duda" para MENGONI, Gli acquisti, p. 322, consiste en una "(...) percezione doppia e corrispondentemente una scissione del giudizio".

piens vacila (100). La culpa tiene origen en la negligencia, que ocasiona una ignorancia inconsciente, si bien, la duda se puede convertir en última instancia en culpa grave, si a pesar de ella se procede a la adquisición. Es decir, quien dubita sobre la legitimidad de la adquisición y a pesar de esta incertidumbre sigue adelante con la negociación hasta su fin, actúa culposamente (101). Si dudaba debió, preocuparse por verificar la titularidad del tradens previamente a finiquitar la negociación (102), lo que podría haber logrado con reexaminar las circunstancias y si aún prosigue la duda, las normas morales menos rigurosas imponen al adquirir la abstención en la continuación de las negociaciones (103). La duda puede también superarse irresponsablemente -

-
- (100) Para SACCO, supra nota 41, p. 46, la duda consiste en: "(...) l'ignoranza del vero, accompagnata de incertezza", lo que en el fondo implica, como señala ROCA SASTRE, supra nota 67, p. 539, que la duda es una subespecie de la ignorancia; quien duda continúa ignorando.
- (101) Cfr. BARASSI, supra nota 123 (CAP.I), p. 238. Cfr. sentencia del Tribunale di Napoli de 28 de marzo de 1955, in Dir. e Giur., 1955, p. 496. En la nota crítica se lee: "(...) chi versa nel dubbio non più riposa nella quiete dell'ignoranza; e, se si astiene del comportamento che la coscienza gli impone per rimuoverlo, -- cada nella colpa grave". Sostiene GENTILE, supra nota 16 (CAP.II), p. 249, que: "Equivale a colpa grave il dubbio sulla legittimità dell'acquisto".
- (102) Corresponde esta situación, como observa MENGONI, Gli acquisti, p. 322, con lo que la doctrina penalística denomina "dolo eventual" ("la ignoranza intenzionale di chi non vuole sapere equivale alla conoscenza").
- (103) Cfr. MONTEL, supra nota 105 (CAP.I), p. 89.

por medio de un juicio formulado sin haber siquiera hecho un exámen sumario de las circunstancias de la adquisición, pero la certeza adquirida de esta forma, es irrevelante por descansar en la culpa grave, que impide la AND.

¿Excluye la duda la buena fe del adquirente? El punto - reviste gran complejidad. Se estima que ello depende si se define la buena fe como una "creencia", supuesto en el cual la buena fe constituida por un error sería incompatible con la duda, o bien, si se considera como voluntad sin dolo, la duda entonces no excluiría necesariamente la buena fe, por cuanto no toda situación de duda corresponde a dolo (104). - Creemos que la duda es una situación intermedia entre la buena y la mala fe (105); no hay buena fe por estar consciente de la posibilidad de que el enajenante no sea el titular de la cosa; de buena fe solo es quien cree con firmeza en la apariencia de propiedad del tradens. Pero tampoco hay mala fe, toda vez que ignora la falta de titularidad del enajenante. La duda es una situación ajena a ambos extremos; no implica ni buena ni mala fe (106)

(104) Cfr. GOMEZ ACEBO, supra nota 106 (CAP.I) p. 112.

(105) Para MENGONI, Gli acquisti, p. 322, la duda es incompatible con la buena fe. Reiteradamente se ha pronunciado en este sentido la jurisprudencia italiana. V. - sentencia del 25 de mayo de 1948, App. Génova, in Foro pad., 1952, I, 1336; Cass. 26 de abril de 1950, in Giur. Cass. civ., 1950, I, 624; Cass. 31 de julio 1951, idem. 1951, II, 840; Cass. 26 julio de 1962, in Foro it., -- 1963, I, 76; Cass. 27 octubre de 1969, in Foro it., -- 1970, I, 1188.

(106) Cfr. DE LOS MOZOS, supra nota 109 (CAP.I), p. 75.

Vimos como el art. 285 C.c., alude a la "probabilidad" de una duda de parte del poseedor, situación suficiente para considerarlo como de mala fe. Por razonamiento *maius ad minus*, entendemos incluida en esta disposición la circunstancia en la cual el poseedor duda si le corresponde el derecho de poseer, por no tener plena seguridad si el *tredens* es el titular de la cosa. Insistimos en que la "posibilidad" de duda mencionada en el art. 285 citado, es en relación con una duda grave, y a ella entendemos que alude Brenes Córdoba cuando afirma que: "Si al iniciarse la posesión tiene el poseedor motivo para dudar de la legitimidad de su derecho, debe abstenerse de entrar a poseer, porque, si lo hace, obra con malicia y su proceder tiene que ser calificado como de mala fe, puesto que la más rudimentaria prudencia exige en este caso la abstención" (107).

La duda en el adquirente puede hacerle incurrir en el delito de receptación (art. 321 C. Pen.), pues de acuerdo con la definición de dolo del art. 31 del Código Penal, no es indispensable "querer" la realización del delito, bastando, con aceptar la posibilidad de que se realice y quien duda, se ubica en esta posición.

-o-o-o-o-o-o-o-o-o-o-o-

De ordinario los conocimientos del hombre no están li--

(107) BRENES CORDOBA, Tratado de los bienes, p. 41. Para una aplicación práctica de esta normativa véase las sentencias de nuestra Sala de Casación de 14.40 hrs. del 3 de diciembre de 1942 6 de 9 hrs. del 29 de abril 1944.

bres de toda duda, y ello puede llegar a obedecer incluso a una desconfianza natural en el individuo, de lo cual se desprende la imposibilidad de otorgar relevancia jurídica a toda duda. El adquirente a non domino, puede tener diversos -- grados de persuasión sobre la titularidad del enajenante, que podemos enmarcar dentro de un concepto genérico de duda. Se hace necesario por tanto, distinguir entre la duda que impide la AND y aquella que no lo hace. La doctrina distingue en esta materia, la duda leve de la grave, siendo ésta última - la única capaz de impedir la AND (108), salvo, como ha señalado Montel (109), que se incurra en duda leve con culpa grave, v.g., si el adquirente con un mínimo de diligencia hubiera caído en duda grave. La duda será leve si el sujeto supone con mayor probabilidad la hipótesis de estar adquiriendo - de un titular (110); será grave si la incerteza viene referida con mayor fuerza a la posibilidad de adquirir a non domino (111). En síntesis, de acuerdo con el caso concreto, se puede equiparar la duda a un estado de conocimiento o a uno de error (112).

X.- El art. 285 C.c., exige la buena fe del poseedor al momento de entrar en posesión de la cosa. Señala este numeral

(108) Cfr. MENGONI, Gli acquisti, p. 323; MONTEL, supra nota 105 (CAP.I) págs. 88-9.

(109) MONTEL, supra nota 105 (CAP.I), p. 89.

(110) Ibid.

(111) MENGONI, Gli acquisti, p. 323.

(112) Cfr. SACCO, supra nota 41, p. 46.

que la buena fe de la posesión cesa en el momento en que el poseedor adquiere la certidumbre de que posee indebidamente. Esta regla evidencia la recepción del principio canonista: - "Mala fides superviens nocet", según el cual, al salir del error o de la confianza que funda la buena fe, es contrario a la moral. Este principio se opone al antiguo precepto: "Mala fides superveniens non nocet", surgido por razones de certeza y seguridad (113), bastando en este caso, ser de buena fe al momento de entrar a poseer la cosa, siendo irrelevante el posterior conocimiento de la situación real; la posesión seguirá siendo en todo caso de buena fe.

El legislador patrio no siguió en esto al Código Napoleón, que recogió la regla romana "Mala fides superveniens non nocet" (114). La influencia del Derecho canónico en nuestro art. 285 fue sin embargo relativa. Dicho artículo dispone que la buena fe de la posesión, cesa en el momento de adquirirse la certidumbre de poseer indebidamente, pero no se destruye retroactivamente, sino que simplemente cesa de serlo desde y a partir de salir el poseedor del error.

La duda y la culpa sobrevenida no afectan la buena fe de la posesión. En este sentido, señala Brenes Córdoba (115), - que a esas alturas los intereses del poseedor están comprome

(113) Cfr. DE LOS MOZOS, *supra* nota 109 (CAP.I), p. 117.

(114) v. arts. 2229 y 2269 CCF. Así también el art. 1147-III CCI.

(115) Tratado de los bienes, p. 41.

tidos sin su culpa, por lo cual no sería justo exigir que la simple sospecha, le pusiera en obligación de abandonar la posesión. Otra cosa es cuando la duda (grave) y la culpa coinciden con el inicio de la posesión, en donde el poseedor se encuentra en capacidad de asumir las consecuencias de su negligencia.

En el caso concreto de la AND, el accipiens debe ser de buena fe al momento de entrar en la posesión de la cosa, por ser en ese momento cuando se verifica la adquisición del derecho. Si antes de entrar a poseer la cosa o al momento de hacerlo el adquirente se libera del error, la adquisición no tiene lugar, a pesar de constituirse el título de buena fe y con mucha anterioridad, pues la mala fe se integra siempre a la adquisición, que respecto de terceros no se tiene por realizada sino con la tradición real de la cosa al accipiens (art. 481 C.c.). La buena fe, por aplicación del art. 285 C.c., se exige al entrar a poseer el objeto, pero estimamos, por razones de seguridad que debe existir desde la constitución del título, o sea en dos momentos sucesivos: al verificar el contrato y al entrar en posesión de la cosa. Obsérvese que el art. 1065 C.c., exige la buena fe a quien "compra" una cosa ajena, concretamente señala que, "el comprador de buena fe se hace inmediatamente propietario si entró en posesión real", con lo cual es bastante claro que la buena fe debe darse también al configurarse el título.

Cuando rige el principio de la inscripción, y no de la

tradición mediante un título hábil, la buena fe debe exigirse en dos tiempos: al momento de la formación del título y -- cuando se presente éste al registro para su inscripción (116). La prueba de la mala fe puede enfocarse hacia cualquiera de esos dos momentos. Si se demuestra la mala fe del adquirente al momento de la constitución del título, debemos presumir -- que lo ha seguido siendo y que lo era al entrar en posesión de la cosa. ¿Admite esta presunción la prueba en contrario? Es decir, ¿se debe autorizar al accipiens a demostrar que por un hecho posterior a la constitución del título, incurrió en error y supuso con firmeza que el enajenante adquirió la propiedad de la cosa o el derecho que estaba cediendo? El tema es muy delicado, y está en relación con la AND de quien tenía desde un inicio, la errónea creencia de que el enajenante, era un non dominus, pero posteriormente adquirió la propiedad de la cosa, y con base en esa creencia equivocada procede a contratar con el titular aparente. El Código civil italiano ha regulado expresamente esta situación y en su artículo 1154, dispone que: "A colui che ha acquistato conoscendo la illegittima provenienza della cosa non giova l'erronea cre

(116) MENGONI, Gli acquisti, p. 367. Sin embargo observa este autor (ob. cit., p. 368, que: "(...) la dottrina dominante e la giurisprudenza ritengono necessaria e sufficiente la buona fede al momento della consegna, cioè, leggono la norma (art. 1153 CCI) nel senso che la buona fede è richiesta "solo tanto" al momento della consegna". En este sentido Cass. de 6 de octubre de 1948, in Givr. it., 1949, I, 1, 741 y Cass. 22 de febrero de 1952, in Mass. Givr. it., 1952, 132.

denza che il suo autore o un precedente possessore ne sia di venuto proprietario". La razón de ser de esta norma se ha -- visto en relación con la diligencia que debió tener el adqui^urente; el conocimiento de la ilegítima proveniencia de la co^sa le impone una rigurosa cautela a fin de establecer la ver^dadera situación jurídica del enajenante (117). En el fondo se establece una presunción iure et de iure de culpa grave - (117) bis). "Il legislatore -señala Montel- (...) non ha fat^tto questione di buona o mala fede; ha invece posto un ulte^riore requisito per il conseguimento di quel particolare -- effetto del possesso di buona fede, che è l'acquisto istan^taneo della proprietà della cosa mobile.

E l'introduzione di questo ulteriore requisito appare - pienamente giustificata ove si ponga mente da un lato alla - particolare gravità di tale effetto (...) dall'altro estre^mo difficoltà probatoria cui altrimenti sarebbe esposto il - rivendicante " (118). Distinto es el caso cuando en la cadeⁿna de poseedores intervino uno de buena fe; el conocimiento del adquirente actual, de la ilegítima procedencia de la co^sa no afecta la adquisición por ser adquirente "a domino"; - el vicio de la circulación había sido sanado.

Si se debe presumir la culpa grave de quien adquiere --

(117) Cfr. MAZZA, supra nota 104 (CAP. I), p. 720.

(117 bis) MONTEL, supra nota 105 (CAP. I), p. 134.

(118) Cfr. GENTILE, supra nota 16 (CAP. II). p. 249.

con la creencia errónea de que el tradens, si originalmente fue un non dominus luego adquirió la propiedad, o si conociendo la ilegítima procedencia de la cosa, supuso que el vicio fue sanado en la circulación, esa presunción debe ser absoluta. Si el adquirente conocía la proveniencia ilegítima de la cosa es imposible prácticamente que al adquirir la errónea convicción de ser el enajenante titular del derecho sobre la cosa, lo hiciera sin negligencia; su obligación era comprobar con el verdadero propietario si aún seguía siéndolo - y en la duda debió abstenerse de proseguir las negociaciones. Sin embargo, como la valoración de la diligencia del accipiens debe ser subjetivo, puede ocurrir que no incurriera en culpa grave, cuando adquiriera con esa conciencia errónea. Pero creemos que a pesar de ser así, se impone en estos casos la protección del verdadero propietario; lo contrario sería llevar muy lejos la protección del tráfico.

Establecimos en supra página 126 , la posibilidad de -- llegar a proteger al adquirente a pesar de no haber recibido la posesión de la cosa, si ello obedeció a motivos de peso, demostrados fehacientemente. De igual manera, si a pesar de adquirir la cosa mediante constituto posesorio, no hay razón para considerar de mala fe al accipiens. Obviamente, la buena fe estaría referida solo al momento de la formación del título y si se trata de constituto posesorio, será necesaria hasta tanto no se haga constar el pacto en instrumento públi

co, conforme a lo dispuesto en el art. 482 infine del Código civil.

En materia de AND rige el principio "mala fides superveniens non nocet", en razón de ser aquella una adquisición instantánea. Solo desde un punto de vista moral y siguiendo el Derecho canónico "(Mala fides superveniens nocet)", el adquirente a non domino, se encontraría obligado a restituir la cosa, si sobreviene su mala fe una vez realizada la adquisición. Puede caber la duda si, una vez realizada la adquisición, el accipiens llega a conocer la procedencia delictuosa del objeto, v.g. si había sido estafado por el tradens, o era producto de una apropiación indebida, le sea entonces imputable responsabilidad penal, concretamente, por el delito de receptación. Este delito exige dolo por parte del adquirente, el que como dijimos consiste en el ánimo de querer la realización del delito, o de quien la acepta, previéndole como posible, situaciones en las que no se encuentra el adquirente que al recibir la cosa lo hizo de buena fe; la mala fe posterior no coincide, ni con el concepto ni con el momento del dolo penal. Sin embargo, si posteriormente a la adquisición, el accipiens descubre la procedencia delictuosa del objeto, puede llegar a incurrir en encubrimiento (art. 320 C. Pen.). si v.g., omite denunciar el delito, o esconde la cosa mal intencionadamente. Pero el conocimiento de la procedencia ilegítima de la cosa no le hace incurrir en el delito de

encubrimiento (119), si se adquirió luego de la enajenación. El adquirente no tendrá de esta suerte, obligación de restituir la cosa a la víctima del delito, lo cual se deduce de las propias - normas del Código Penal de 1941, sobre responsabilidad civil, que no fueron derogadas por el actual C.P. El art. 123-I de aquel cuerpo legal, dispone que: "La restitución se ordenará aun cuando la cosa se hallara en poder de un tercero, dejando a salvo los derechos que la ley civil confiere a éste". Respeta esta norma la posible adquisición de un tercero de buena fe, conforme a los -- arts. 481 y 1065 del Código civil, y si incurrió luego en mala fe, eso no importa; el derecho ya había sido conferido por la ley y debe ser respetado, sin perjuicio de un eventual delito de encubrimiento. Si en el fallo penal condenatorio por el delito de estafa o apropiación indebida por parte del tradens, se omite hacer referencia al adquirente, eso no implica que sea tenido por encubridor o receptor (120); como veremos seguidamente, la buena

(119) Cfr. DELESTRAINT, D., Droit civil (5ª ed., Dalloz, París, 1977), p. 49. Indican MARTY & RAYNAUD, supra nota 5 (CAP. I), p. 385, que la Cámara Criminal de la Corte de Casación francesa, no es de esta opinión y aplica el principio "Mala fides superveniens nocet", obligando al adquirente de buena fe a la restitución de la cosa. En este sentido las sentencias de 18 de junio 1963 y 7 julio 1944, sostienen que la mala fe sobrevenida impide al poseedor invocar el art. 2279 del Code. La crítica no se ha hecho esperar; para los Hermanos MAZEAUD, supra nota 12, (CAP. I), págs. 247-249, 258-61, "(...) nadie es - encubridor de una cosa suya". Si esta jurisprudencia se desenvolviera, han observado estos autores, sería una vía fácil para que el propietario reivindicara siempre la cosa de un adquirente de buena fe. En relación con este punto, expresa GENTILE, supra nota 16 (CAP. II), p. 257 que: "E evidente che chi ha acquistato la cosa habile ai sensi dell'art. 1153 non può essere chiamato a rispondere per fatto illecito (...) escendo il suo acquisto pienamente legale (...)".

(120) Opina distinto DIAZ PALOS, supra nota 121 (CAP. I), p. 167, para quien el fallo penal debe referirse a la buena fe del tercer adquirente, pues de lo contrario éste sería encubridor o receptor.

fe del accipiens se presume y corresponde demostrar la mala fe, el reivindicante.

XI.- Se ha sostenido que la buena fe se presume siempre que su protección jurídica venga determinada por un principio general del tráfico de bienes(121). La buena fe se reduce a un estado anímico, a un hecho interno en el individuo, que no admite prueba directa; la presunción de buena fe sería una consecuencia de la dificultad que entraña la prueba de ese hecho intelectivo (122). Se aducen, por último, consideraciones de tipo moral, fundadas en la idea de que el comportamiento normal del hombre ha de ser y es conforme a derecho, es decir, se presume la actuación honrada y no la deslealtad o falta de honrades social de los ciudadanos (123). Con base en estos argumentos se erige la presunción de buena fe del poseedor de una cosa, admitida en general en los diversos ordenamientos (124).

Esta presunción de buena fe tiene la particularidad de - no descansar sobre la existencia de otro hecho, a raíz del - cual surja y deba ser probado por quien se beneficia de ella, pues conforme al art. 759 C.c., "el que invoca una presunción

(121) SACCO, citado por MOLLEDA, supra nota 7, p. 231. Para AMOROS, supranota 64 (CAP.I), la presunción de buena fe, -- "(...)sirve para facilitar en gran medida la rapidez y - la seguridad del tráfico".

(122) MOLLEDA, supra nota 7, p. 232.

(123) Cfr. DE LOS MOZOS, supra nota 109 (CAP.I), p. 239; AMOROS, supra nota 64 (CAP.I), p. 223. Véase también la sentencia de Casación de 24 de febrero de 1951, in Ciur. Compl. Cas sari. Civ., 1951-I, p. 922.

(124) V. art. 434 Código civil español; art. 1147, Código civil italiano; art. 2268 del Código Napoleón; art. 478 Código civil de Portugal; art. 2362 Código civil argentino y -- art. 807 del Código civil mexicano.

debe probar la existencia de los hechos que le sirven de base". La presunción de buena fe es impuesta directamente por la ley; ésta ordena al Juez la admisión, sin más, de la existencia de la buena fe en el poseedor, salvo la prueba en contrario, que la enerva (125).

Se discute en la doctrina italiana si la buena fe del adquirente a non domino debe presumirse o no. La jurisprudencia, aplica, en general, la presunción de buena fe relativa a la posesión que establece el art. 1147 del Código civil italiano (126). Básicamente, son tres las posiciones asumidas por aquella doctrina (127): a) Parte de la doctrina

-
- (125) En este sentido MENGONI, Gli acquisti, p. 354, expresa que: "Amesso che le presunzioni legali in senso proprio (o que descansan en otro hecho) sieno una particolare tecnica probatoria, rientrante nel concetto ni prova legale, tale non è la presunzione di buona fede: essa è una pura regola di giudizio, che dispensa il possessore dall'onere di prova della buona fede".
- (126) La sentencia de Casación del 12 de junio de 1976, publicada en Giust. Civ.- Mass. ann. Cass., 1976, I, Nº 2178, p. 952, dispuso que: "La buona fede nel possesso dell'acquirente a non domino di bene mobile va presunta, ai sensi dell'art. 1147 CC., con la conseguenza che spetta a chi rivendichi il bene, al fine di escludere in favore del possessore gli effetti di cui all'art. 1153 CC., di fornire la prova della mala fede o della colpa grave del possessore medesimo, al momento della consegna. Tale prova può essere data anche mediante presunzioni semplici, purchè gravi precise e concordanti, e talí da prevedere sull'indicata presunzione legale". V. también la sentencia de Cass. de 10 de nov. de 1971 en -- Giust. Civ. Mass., 1971, Nº 3195. Para la sentencia de la Corte D'app. di Catania, de 20 de nov. de 1953, in Giur. Ital, 1955, I, sec. II, p. 687, con nota favorable de Montel y en Riv. Dir. Comm., 1954, II, 283, con nota de Mengoni, el adquirente no debe probar su buena fe. Debe no obstante alegarla, pues de lo contrario implicaría asentimiento con la tesis del reivindicante.
- (127) En lo fundamental seguimos a MENGONI, Gli acquisti, p. 353 y ss.

estima que todo hecho relevante para la producción de un efecto jurídico, como lo es la buena fe en materia de AND, es un elemento constitutivo de la fattispecie y debe ser -- probado, de acuerdo con las reglas que el Derecho italiano -- fijó respecto a la carga de la prueba (el art. 2697 CCI, señala que los hechos constitutivos, deben ser probados por la parte que alega el derecho); b) Para Sacco, la presunción de buena fe del adquirente a non domino no es admisible, toda -- vez que la extensión que en ese sentido se hace de la presun -- ción de buena fe en la posesión, contemplada en el art. -- 1147 CCI, es improcedente. Como ya señalamos una vez (V. su -- pra página 350), este autor es de la opinión de que la bu -- na fe posesoria es conceptualmente distinta de la que debe -- tener el adquirente a non domino; en un caso (art. 1147 CCI), se trata de la genérica y errónea creencia de no lesionar el derecho de otro, mientras que en el otro, se debe creer que el enajenante es titular de los bienes. La presunción de bu -- na fe del art. 1147 CCI, presume la buena fe en la posesión y no la del adquirente a non domino (128) Para Mengoni --

(128) Cfr. SACCO, R., La presunzione di buona fede (continua -- ción del artículo citado en supra nota 40) en Riv. dir. Civ., 1959, N°3, p.250 y ss. En otro lugar (p. 261) aña -- de: "Colui che acquista un bene mobile a non domino, e -- ne riceve il possesso si presume in buona fede (...). Come si è visto (...), tale conclusione viene per lo -- più accolta in virtù di una diretta applicazione dell'art. 1147 CC.; l'applicabilità dell'art. 1147 al nostro ca -- so(AND) è discutibile, perchè l'art. 1147 CC regola il possesso di buona fede in senso tecnico, il cui oggetto cade sulla generica lesione di un diritto altrui, men -- tre la buona fede di cui all'art. 1153 CC, ha per ogget -- to l'alienità della cose; la buona fede del art. 1154

(129), la buena fe no es un elemento constitutivo de la AND, sino un presupuesto de la atribución legal del derecho al tercer adquirente. En su análisis invierte los términos y enfoca el problema desde el punto de vista de la mala fe, para dedeterminar que en la AND, aquella actúa como un hecho impedititivo. Es decir, no es que la buena fe sea un elemento constititutivo de la especie fáctica, sino que la mala fe es un hecho impeditivo de la adquisición, lo cual implica, al igual que en la hipótesis de culpa grave, que es el propietario reivindicante quien debe probarla, no porque la buena fe se presume, sino porque la mala fe es un presupuesto negativo de la adquisición y según dispone el art. 2697 CCI, la prueba de los hechos impeditivos del derecho alegado por el demandado, corre a cargo del accionante.

Todas estas consideraciones teóricas, no son aplicables fuera del sistema italiano, por estar fundadas en su derecho.

(Cont. de la pág. anterior).

si misura al momento della consegna; la presunzione di buona fede conviene assai più ai fini della tutela temporanea del possessore, che non guardo si controverte del ben più grave effetto di cui all'art. 1153 CC(...). Inoltre -continua- la presunzione di un dato fatto è relativa non soltanto al contenuto di un dato fatto, ma anche al petitum proposto dalla parte. Per tanto, non solo appare dubbia l'applicazione diretta dell'art. 1147 al caso in esame, ma perfino un'estensione analogica sarebbe discutibile, perchè procederebbe a minori ad maius".

(129) Cfr. Gli acquisti, p. 353 y ss.

cho positivo (arts. 1147, 1153, 2697 CCI), que ofrece particulares características, sin embargo nos evidencian como quiera que sea, que la presunción de buena fe del adquirente a non domino, no es una regla que deba admitirse abiertamente; por el contrario, la tendencia general, en la doctrina italiana, de acuerdo con los puntos de vista arriba enunciados, es la de rechazar esa presunción.

En el Derecho francés la situación es distinta. Doctrinamente, y en la jurisprudencia tradicional, se admite la presunción buena fe del adquirente a non domino, por extensión de la presunción de buena fe que fija el Código Napoleón en favor de quien prescribe una cosa (art. 2268 CCF) (130). Sin embargo observa Bredin (131), que: "(...) la jurisprudence contemporaine, plus sensible aux exigences de la morale que de la sécurité juridique, ne cesse de fragiliser davantage la présomption de bonne foi du possesseur d'un meuble".

En la doctrina española no se ha planteado tampoco polémica alguna y se estima que la buena fe del adquirente a non domino se presume, por aplicación del artículo 434 del Código civil español (132), según el cual; "La buena fe se presume -

(130) Cfr. AUBRY & RAU, supra nota 6 (CAP.I), p. 154; MARTY & RAYNAUD, supra nota 5 (CAP.I), p. 384; MAZEAUD, supra nota 12 (CAP.I), p. 247; DELESTRAINT, supra nota 119, p. 49; WEILL, supra nota 14 (CAP.I), p. 415, para quien: "La preuve contraire peut résulter de toutes circonstances de fait et peut se faire par tous moyens possibles".

(131) BREDIN, J., Voce, "Possesso", en Revue Trim., 1972, p. 154, nº 3.

(132) A esta conclusión llega MOLLEDA, supra nota 7, p. 217 y ss., cualquiera sea la interpretación que se le dé al art. 464 CCE. Véase también a ROCA SASTRE, supra nota 25 (CAP.I), p. 274; dentro de su particular interpretación del art. 464, también VALLET, supra nota 64 (CAP.I), p. 477; AMOROS, supra nota 64 (CAP. I), p. --

siempre, y al que afirma la mala de un poseedor corresponde la prueba".

¿Quid iuris en el Derecho costarricense? El artículo -- 286 del Código civil, dispone que: "En caso de duda se presume de buena fe la posesión". La buena fe del poseedor se presume iuris tantum, pudiendo destruirse esa presunción por todo tipo de prueba, e indicios graves y concordantes. Si la buena fe posesoria definida en el art. 285 C.c. es aplicable en materia de AND, como lo afirmamos en *supra* página 351, consecuencia de ello es aplicar también la presunción de buena fe del art. 286 arriba transcrito: el reivindicante estará obligado a probar la mala fe del adquirente a non domino. La buena fe del adquirente es un elemento vital para la obtención de la propiedad a non domino; si aquél no debe probarla al menos debe alegarla. Así se ha estimado en la jurisprudencia italiana, en base a que el silencio del accipiens implica a sentimiento con la tesis del reivindicante (133), -- salvo que en el proceso su buena fe se haga patente; de lo contrario la presunción es la contraria, es decir, se presumiría (de hecho) la mala fe en el adquirente. Lo mismo cabe decir cuando el art. 481 C.c., se aplica en un caso de adquisición "a domino" en perjuicio de terceros.

(Cont. de la pág. anterior).

223; PEREZ Y ALGUER, *supra* nota 46 (CAP.II), p. 465. -
(133) V. *supra* nota 126.

La jurisprudencia nacional ha recurrido a la presunción de buena fe del art. 286 C.c., cuando opera el art. 481 C.c., bien sea en un supuesto de AND, o adquisición "a domino". No se obliga siquiera al demandado a alegar su buena fe; es el actor quien debe correr con todo el peso de la prueba (134). La buena y la mala fe con que una persona conserva bajo su poder una cosa, se estima que es una cuestión de hecho de la exclusiva determinación de los jueces (135). Creemos que todo fallo debe referirse expresamente a si existió o no buena fe en el adquirente, de lo contrario se violarían los principios rectores de esta materia y al propio art. 1065 C.C., y por extensión, el art. 481 C.c. (136).

En lo personal, estimamos necesario cuestionarnos si -- es apropiado presumir la buena fe del adquirente a non domino, no obstante legalmente se presume, por aplicación del -- art. 286 C.c.

-
- (134) V. Sentencias de Casación Nº 52-1952 y Nº 72-1954.
(135) V. Sentencias de Casación de 27 de julio de 1923; 16 de diciembre de 1924 y 10:15 hrs del 17 de mayo de 1939.
(136) La sentencia de la Sala 1ª Civil de 15:25 hrs. del 27 de abril de 1945, confirmada por la Sala de Casación -- en sentencia de las 16:25 hrs. del 6 de julio de 1945, omitió aludir al requisito de la buena fe del adquirente, para que su adquisición fuera eficaz respecto de terceros. En este sentido afirmó que: "(...) concurren en la especie la venta y la tradición real, o sea, los dos únicos requisitos legales que se requirieren para -- que la transmisión del dominio de un bien mueble sea -- efectiva respecto de terceros".

Molleda Fernández sostiene que no se justifica presumir siempre la buena fe (137). "Teóricamente -dice- es natural - que el Derecho proteja a quien obra honestamente y niegue su protección a quien obra deshonestamente; pero no se ve la -- institucional razón jurídica por la que el Derecho ha de presumir que toda persona obra bien, mientras no se demuestre - lo contrario" (138).

Ya observamos que la presunción de buena fe no se funda en un hecho previo, del cual pudiera obtener un mayor grado - de probabilidad de coincidir con la realidad. De manera que su fundamento se arraiga más bien en valores abstractos, como lo es el considerar que la humana conciencia tiende hacia el bien y no hacia el lado opuesto, o bien, desde un ángulo pragmático, una presunción de esta naturaleza beneficia el - tráfico de bienes; asimismo, por una limitación material, al ser imposible la prueba directa del hecho psíquico en que consiste la buena fe del individuo, conviene presumirla.

La buena fe del accipiens debe visualizarse y definirse dentro del campo de la ética, en materia como la que nos ocu

(137) MOLLEDA FERNANDEZ, *supra* nota 7. p. 227.

(138) MOLLEDA FERNANDEZ, *supra* nota 7, p. 227, quien agrega que: "No es objeción el tradicional principio penal -- "in dubio pro reo", pues aparte de que únicamente -- tiene aplicación en orden a las leyes minus quam perfectae, tal principio es tan sólo el recurso que utiliza el Derecho para conciliar la necesidad legal de jugar con la humana limitación en orden al conocimiento de la verdad material; no es una razón del Derecho en lo que se apoya tal principio, sino en una simple razón de humanidad, por considerarse humanamente preferible, en la duda, dejar sin castigo a un culpable que condenar a un inocente".

pa. El factor "tráfico jurídico", debe excluirse de esta problemática; su protección no debe extenderse de forma que entre en conflicto con la moral, a lo cual se llegaría si a -- partir de él viene justificada la presunción de buena fe, -- pues es evidente que a ella se acogen también los adquiren-- tes de mala fe, lo que debe evitarse a toda costa, sobre to-- do en situaciones de tanta trascendencia como cuando se discute una AND. Si el tercero amerita protección es solo si es-- tá limpio de conciencia y eso debe ser patente, lo que no-- creemos se logre a través de una presunción de buena fe, que por contrario, se presta para ocultar la mala fe.

Con referirnos a lo ético, no queremos suponer que el - comportamiento del hombre medio es honrado y por tanto se -- justifica presumir su buena fe, sino ante todo, que la buena fe del adquirente debe ser palpable, patente, al menos en la medida posible, si se toma en cuenta las dificultades que pueden surgir en determinar un proceder honesto de su parte. La conducta media del hombre es honesta, lo que no es sufi-- ciente motivo para hacer generalizaciones; la naturaleza heterogénea de los individuos, garantiza el que unos actúen de buena fe y otros de mala; si los primeros son los más, no es razón para autorizar una presunción general de buena fe, desconociendo esa realidad bipartita, presunción que en definitiva aprovecharía tanto a los deshonestos como a los honestos. Si se busca la justicia y la equidad entre los intereses de los contendientes, la presunción de buena fe supone un dese-

quilibrio establecido a priori, que a nuestro juicio, no encuentra suficiente justificación. En situaciones tan particulares como esta, en donde importantes intereses se encuentran gravemente comprometidos, lo relativo a la carga de la prueba no es racional encuadrarlo y esquematizarlo previamente, presumiendo un hecho tan trascendental como lo es la buena fe, sobre todo si no existen indicios de los cuales se deduzca, pues ya sabemos que la presunción de buena fe se impone por mandato legal. Debe existir cierta flexibilidad que permita valorar sin barreras todos los elementos de convicción, en especial, en relación con los elementos considerados vitales para la producción del efecto jurídico, entre los cuales no cabe duda se encuentra la buena fe del adquirente, logrando en esa forma una decisión más justa.

Por todas estas consideraciones, nos inclinamos por un criterio contrario al tradicional en la materia que nos ocupa: es el adquirente a non domino quien debe probar su buena fe. El adquirente, quien de por sí goza del beneficio legal de adquirir a non domino una cosa, no creemos que deba tener además, el de no probar su buena fe. Todavía se puede observar que, al no haber el propietario intervenido en el contrato de adquisición, le es sumamente difícil informarse con certeza de todos los detalles de la contratación, con la eventualidad de no poder siquiera demostrar la culpa grave del accipiens. Por el contrario, quien adquiere una cosa, se encuentra ciertamente, en la posibilidad de probar su propio com--

portamiento, su proceder correcto al momento de la adquisición.

Constituyendo la buena fe un hecho intelectual, no siendo por consiguiente factible una prueba directa de la misma, solo mediante indicios y presunciones de hecho será posible determinar si existió o no al adquirirse la cosa (la buena fe como sabemos, se valora en dos momentos: al formarse el título y al entrar a poseer la cosa). El adquirente deberá demostrar que ha tomado todas las precauciones necesarias y normales de acuerdo con el tipo de convenio y objeto del mismo. No podrá invocar su buena fe hasta tanto no pruebe haber observado el cumplimiento de tales medidas precautorias. Probadas en forma estas circunstancias, se presumirá su buena fe; corresponderá al reivindicante impugnarla, demostrando que a pesar de todo, el adquirente conocía o debía conocer la falta de titularidad del tradens.

Se trata en definitiva, de que se admitan y valoren todos los hechos que conducen a una decisión equitativa, en especial si se llegase a permitir la AND a título gratuito, a lo cual nos hemos opuesto, conforme lo expusimos en supra página 110. En esta forma creemos también abarcar el problema que significa la AND mediante constituto posesorio o sin adquisición de la posesión. Ya señalamos que en estos casos se presume la mala fe del adquirente, presunción que a nuestro juicio no es absoluto y es lógico que sea así, pues no es de esperar que en dichas circunstancias siempre se proceda con

mala fe. El adquirente tiene derecho a demostrar que su conducta fue honesta y que si no entró en posesión de la cosa, fue por cuanto un evento de fuerza mayor o un caso fortuito lo impidió, y si obtuvo solo una posesión mediata, puede demostrar que a pesar de ello, su conducta fue irreprochable y es merecedora de la protección legal.

CONCLUSIONES

- 12) El fundamento racional de la adquisición "a non domino" de bienes muebles, en aquellos ordenamientos que permitan la reivindicación, dependiendo de si la desposesión del propietario fue voluntaria o involuntaria, descansa, como regla, en la desposesión voluntaria del dominus. La raíz de este fundamento nace de la tradición germánica - que inspira el principio jurídico, "En materia de muebles, la posesión equivale al título", recogido en la mayoría de los Derechos modernos. Si de acuerdo con aquella tradición, la tutela del tercero operaba a modo de sanción al propietario negligente que se desprendía de la cosa - en provecho de quien le traicionaba y la enajenaba a un tercero, la máxima, arriba enunciada, ha surgido para - proteger directamente al tercero de buena fe y al tráfico jurídico. Si se busca proteger la seguridad dinámica, importa ante todo la posición del tercer adquirente, y - no la del propietario desposeído. De aquí que se produzca una contradicción intrínseca en la estructura de la - regla del art. 2279 del Código Napoleón, que recoge la - susodicha máxima y los supuestos de reivindicación, en - caso de haberse el propietario desposeído involuntaria- mente del bien mueble; se protege al tráfico pero como - consecuencia de la sanción al propietario negligente.

Los principios germánicos, en los cuales se apoya -

la adquisición "a non domino", no explicen adecuadamente el aspecto teleológico de la protección que reciben los terceros adquirentes de buena fe, sino que se encuentran en pugna con el mismo. El hecho a valorar, no debe ser la forma por la cual el propietario se desposeyó, sino las circunstancias en que se verifica la adquisición. Recurrir a las tradiciones germánicas, según las cuales el adquirente ni siquiera llegaba a ser propietario de la cosa, se aparta del objetivo de la adquisición "a non domino". En el tanto la atención de la ley se centre en el comportamiento del propietario desposeído, deja ver su preocupación por el derecho consolidado; al sancionar al dominus que se desposee voluntariamente de una cosa en provecho de un estafador, se le obliga a ser diligente al confiar sus cosas, con lo cual, indirectamente, se protege la propiedad estática y no la dinámica, lo que es contrario a la esencia de la adquisición "a non domino", o efecto sustantivo de la máxima, "En materia de muebles, la posesión equivale al título", que la doctrina que prevalece en el Derecho francés distingue de un segundo efecto, constituido por una presunción simple de propiedad a favor de un poseedor animus domini de una cosa mueble. La experiencia ha demostrado que la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria es totalmente arbitraria e irracional. En muchos casos se comprueba la

insuficiencia de los principios germánicos, para justificar la protección otorgada a los terceros. Un ejemplo típico es la adquisición hecha al heredero del depositario, que de buena fe cree que la res deposita se encontraba - en el patrimonio de su causante, hombre de honestidad a toda prueba y que si el depositante se la entregó un día en depósito, sería irreal haberle imputado entonces negligencia en su conducta. La protección del tercer adquirente de buena fe, se admite en esta hipótesis en distintos Derechos, por influencia del art. 1935 del Código Napoleón, que la contempla (al menos en una forma indirecta), no existiendo motivos de paso por los cuales aquella se pueda justificar por la desposesión voluntaria del depositante. Consideramos más adecuado a la realidad, fundar la protección del adquirente en la teoría de la apariencia jurídica, que valora las circunstancias de la adquisición y no la posición del propietario, armonizando en esta forma con el objetivo primordial de la adquisición "a non domino", cual es la protección de los adquirentes y del tráfico.

Sin embargo, a pesar de las deficiencias que pueda suponer, mientras se mantenga la división entre desposesión voluntaria e involuntaria, debemos reconocer que la protección del tercero se encuentra fundada, básicamente, en la desposesión voluntaria del propietario. La apariencia jurídica justificará la adquisición, en contadas --

oportunidades; si la cosa había sido sustraída o perdi--
da, ni la aperiencia más perfecta de titularidad que pu--
diere ofrecer el enajenante (ladrón o hallador), exime -
al accipiens de buena fe, de la obligación de restituir--
la a quien se desposeyó de ella involuntariamente y la -
reclama ahora.

En un segundo lugar, la protección del tercero viene
justificada también, por una razón económica: la natura--
leze de los bienes muebles les impulsa a una circulación
rápida, pero esta rapidez la exige también el comercio -
de bienes: el interés del accipiens y del enajenante, es--
ta en una adquisición sin dilaciones, de lo contrario la
misma puede perder utilidad. A ello obedece la omisión -
o reducción a un mínimo de las formalidades, en la mayo--
ría de las transacciones mobiliarias, circunstancias --
trascendental cuando se trata de una adquisición "a non
domino": si las transmisiones no dejan testimonios, no -
se puede sancionar, sino por el contrario, comprender y
proteger el adquirente si no verificó la titularidad --
del tradens y confió en su aperiencia jurídica. No se --
puede exigir, salvo en determinadas circunstancias en -
las que una diligencia mínima se hace necesaria, que el
adquirente investigue la situación jurídica del enaje--
nante; se atentaría contra la celeridad requerida por el
tráfico. Añr así, si la protección del adquirente se jus

tifica en estas circunstancias, la misma es inoperante - cuando la desposesión del propietario fue involuntaria ; en última instancia, siempre se retorna a examinar la -- forma de la desposesión del propietario.

- 2a) El Código civil costarricense no recogió el principio: - "En materia de muebles, la posesión equivale al título"- en sus palabras literales, pero sí su doble contenido. - Lo hizo sin embargo con una modificación trascendental: las dos distintas reglas jurídicas que en el Derecho -- francés se encuentran unidas bajo una misma expresión, - fueron separadas y organizadas en artículos diferentes. Esta escisión, lógicamente obligó a prescindir de la máxima y en su lugar se estableció en el art. 481 C.c., en lo que concierne al efecto sustantivo o adquisición "a - non domino", que: "La propiedad de los muebles se adquiere eficazmente respecto de tercero, por la tradición hecha en virtud de un título hábil", encontrándose esta regla en el título denominada: "De los modos de adquirir el dominio". El art. 1065 C.c., la confirma, cuando dispone que: "La nulidad de la venta de cosa ajena no se aplique a cosas muebles, pues respecto de éstas el comprador de buena fe se hace inmediatamente propietario si entró en posesión real (...)" . Con lo anterior, está fuera de toda duda que nuestro Derecho acogió la adquisición instantánea de bienes muebles, solución exigida por necesidades del tráfico jurídico de este tipo de bienes, a la --

cual han llegado la generalidad de los Derechos modernos.

El segundo efecto de la máxima, referente a una presunción de dominio a favor del poseedor animus domini de un bien mueble, se ubica en el art. 854 C.c., en el capítulo de la prescripción positiva. Según este artículo, - quien pretende usucapir una cosa mueble, no se encuentra obligado a probar su título, porque en estos casos y cuando se alegue el derecho de poseer (de acuerdo con el art. 281 C.c.: "El hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer mientras otro no pruebe corresponderle ese derecho"), "el hecho de la posesión hace presumir el título, mientras no se pruebe lo contrario".

La regulación adoptada en esta materia por los legisladores, fue un acierto, al evitar con ella la confusión de los dos efectos, superando las ambigüedades, que se presentan en el Derecho francés en la interpretación de la máxima, "En materia de muebles, la posesión equivale al título".

- 32) En garantía de la honestidad de la adquisición, el art. 481 C.c., ha introducido una modificación fundamental al efecto sustantivo de la máxima; ha exigido un requisito extraño a su estructura, que consiste en la obligación - del adquirente de probar un "título hábil", a fin de adquirir el derecho en la cosa. En el Derecho francés ello es innecesario; la sola posesión equivale al título. Es claro que dicho "título hábil no tiene la virtud de ha--

cer adquirir al tercero el derecho en la cosa, pues procede de un "non dominus"; se exige simplemente como una formalidad adicional que justifique y haga manifiesto - el interés del tercero en adquirir el derecho en el bien mueble, el que se obtiene por mandato legal.

"Título hábil" es aquel que es apto para transmitir un derecho aparente en una cosa mueble. Un derecho que - puede ser el de propiedad o copropiedad, pero también un derecho real limitado. Para que sea "hábil", el título - requiere no sólo tener por objeto un derecho real, sino también, estar exento de vicios.

- 42) El artículo 481 C.c., no distingue si la adquisición "a non domino" debe ser a título oneroso o si puede ser tan también a título gratuito. Ante esta indistinción, no cabría prima facie , hacer una distinción; se protegería por -- igual tanto al adquirente a título oneroso como gratuito y la donación, tanto como la compraventa, vendría a ser un título traslativo de dominio o "título hábil" (art. - 1404 C.c.). En otro artículo, el 1356, el Código se re-- fiere, indirectamente, al adquirente "a non domino" a tí tulo gratuito, en una situación específica: el adquirente del heredero del depositario. En caso de que el heredero hubiera donado la res deposita, dispone dicho artículo - que se encuentra obligado con el depositante a indemnizar le por el valor que la cosa tenía cuando la donó, de lo que deducimos que se protege la adquisición del tercero,

adquirente a non domino a título gratuito.

En lo personal, somos de una opinión contraria. Prin cipios de equidad imponen la protección del propietario en estas hipótesis. La tutela del tráfico no se debe ex tender más allá de lo que el propio interés del adquirente exige. Es evidente, con proteger al propietario, el - perjuicio del adquirente se reduce a un mínimo, mientras que si la protección recayera en este último, no hay duda de la gravedad del daño causado al propietario anterior por el tercero, que se habrá enriquecido injustamente.

52) Si el título de adquisición es una herencia o un legado, el heredero o legatario no pueden invocar el art. 481 frente al propietario de la cosa, no solo por tratarse de -- una adquisición a título gratuito, sino debido a que el heredero subentra en la posesión que con carácter alieno nomine ejercía en vida el causante, estando el heredero obligado a restituir la cosa a su legítimo dueño. Y si - se trata de un legado, el art. 598 C.c., expresamente -- declara nulo el legado de cosa ajena. Si el causante poseía la cosa mediante un "título hábil", pero con mala fe, por las razones arriba indicadas, no procede proteger al heredero, quien subentra en la misma posesión de su causante.

62) La adquisición "a non domino", no es una adquisición mediante convenio. La propiedad en la cosa se adquiere respecto a su verdadero propietario, por la tradición hecha

en virtud de un título hábil. El legislador ha hecho énfasis en la "tradición" de la cosa como presupuesto básico para la concesión de la propiedad de la cosa al tercero, buscando sin duda mantenerse lo más cerca posible del principio: "En materia de muebles, la posesión equivale al título". Pero no nos engañemos: la tradición de la cosa al adquirente no puede por sí misma, producir la adquisición. es indispensable un título hábil, que el accipiens debe probar sin reservas. En la medida en que se requiera esa prueba, no podemos afirmar, en nuestro Derecho, que la posesión de muebles, equivale al título, a lo sumo hace presumirlo, de acuerdo con la presunción de propiedad del art. 854 C.c.

Frente al propietario desposeído, no es oponible una transmisión "solo consensu"; es necesaria la tradición de la cosa al adquirente. Inter-partes, sigue operando los efectos traslativos que nuestro Derecho concede al solo consentimiento de las partes. El artículo 481 C.c., exige en términos genéricos la "tradición" de la cosa al adquirente, sin especificar su modalidad. Por aplicación extensiva del art. 1065 C.C., que exige la tradición real en caso de venta de una cosa ajena, debe exigirse la misma cuando se trate de otros títulos.

- 72) Si la adquisición "a non domino" se realiza mediante tradición por constituto posesorio, se presume la mala fe del adquirente, que impide la adquisición. Se sospecha -

una transmisión simulada, mediante la cual el non domi--
nus pretende aparentar una enajenación, con la finalidad
de apropiarse él de la cosa, de lo cual es indicio grave
la posesión inmediata que ejerce sobre ella. Con mayor -
razón, se presume simulada la transmisión, cuando el acci
piens no ha recibido posesión alguna. Si se protege a los
adquirentes de buena fe, es de equidad admitir la prueba
contraria a esa presunción, pues lo que no se puede pre
sumir es que quienes recurran al constituto posesorio, -
lo harán siempre de mala fe. Por ejemplo, se puede demos
tras una adquisición hecha de un non dominus de buena fe,
como el heredero de un poseedor alieno nomine, de la co
sa que encuentra en la masa hereditaria y cree que era -
del causante. En esta hipótesis no habría lugar a presu
mir una transmisión simulada. Quien no adquirió posesión
alguna, es justo que se le proteja en determinadas opor
tunidades, si ello obedeció a causas realmente justifica
das, como lo sería un evento de fuerza mayor, o un caso
fortuito, o en fin por la poca manuableidad del objeto -
en cuestión.

82) El artículo 481 C.c., es regla de terceros y no puede ser
invocado inter-partes., v.g. el mediado posesorio que cus
todia la cosa, no puede recurrir a dicho artículo frente
al depositante que la reclama: su situación jurídica res
pecto a éste se lo impide.

92) Una particularidad del artículo 481 C.c., impuesta por -

la práctica, es que no se limita a regular las adquisiciones "a non domino"; se ha llegado a aplicar en las adquisiciones "a domino", realizadas en perjuicio de terceros con un gravamen anterior en la cosa, objeto de la adquisición.

El tercero perjudicado con la adquisición, sea esta "a non domino" o "a domino", es todo aquel que al momento de verificarse aquella, resulte afectado en su derecho. Desde este punto de vista, el concepto de "tercero" es muy amplio y comprende al propietario (en su caso), a quienes hayan adquirido un gravamen en la cosa, una garantía, un privilegio o un derecho personal de goce sobre la misma.

Aunque la adquisición "a domino" sea derivada y no originaria como la adquisición "a non domino", por disposición del artículo 481 C.c. se extinguen los gravámenes de terceros, ignorados sin culpa grave por el adquirente.

102) Si se discute la eficacia de una adquisición "a domino", no estimamos necesario que se verifique la tradición real de la cosa, bastará que sea mediante constitutivo posesorio, siempre que el pacto se haga constar en instrumento público, conforme lo exige el art. 482 infine C.c.

En la adquisición "a non domino", se discuten intereses de mayor envergadura que cuando se trata de la ad-

quisición "a domino"; en aquel caso es necesario asegurar en lo posible que, si el propietario es expropiado legalmente de su derecho en la cosa, lo sea por quien ha procedido de buena fe y no existan sospechas de que solo se simula la transmisión. Quien adquiere de un propietario, no debe verse expuesto a la frustración del negocio jurídico por un tercero, cuya pretensión en la cosa es inferior a la suya y que no percibiría tanto perjuicio como lo percibiría él, si la adquisición no se considera eficaz. Para garantizar la honradez de la misma bastará exigirle al accipiens, una posesión mediata, con las formalidades supra indicadas.

- 112) Si se debe presumir la mala fe del adquirente a non domino, cuando obtiene solo una posesión mediata en la cosa, se impone la necesidad de presumir lo mismo, cuando el adquirente a non domino, poseedor inmediato de la cosa, la retransmite sucesivamente al non dominus, o se la entrega en calidad de mediador posesorio, de manera que el propietario siempre podrá reivindicar el mueble, por no haber el tercero adquirido la propiedad del mismo. La retransmisión no será oponible al propietario, salvo si el non dominus retro-adquirente, fuera de buena fe; es de presumir entonces que el tercer adquirente era de buena fe y adquirió por tanto la propiedad de la cosa y la retransmisión fue eficaz. Pero si a pesar de la buena fe -

del non dominus, el tercer adquirente era de mala fe, el non dominus retro-adquirente, se convertirá en propietario de la cosa, si a su vez él puede invocar el artículo 481 C.c., lo que supone que ha sido un tercero en relación al propietario afectado, pues el art. 481 C.c., es regla de terceros.

A una solución similar llegamos, cuando existían - gravámenes sobre la cosa, v.g. si había sido embargada y entregada en depósito a un tercero por acuerdo de las - partes, el cual luego la enajena y sucesivamente la -- retrocediere. No creemos necesario proceder nuevamente a embargarla, por no ser eficaz frente al acreedor ni la adquisición del tercero ni la retransmisión de la cosa - al depositario, como no lo sería frente al propietario - de la cosa.

Si para que sea eficaz una adquisición "a domino" - en perjuicio de terceros con un derecho anterior sobre - la cosa, basta la tradición ficta de la misma al adqui-- rente (junto con los demás requisitos del art. 481 C.c.), creemos no obstante, que si la cosa se retransmite suce-- sivamente al propietario anterior, es lógico presumir - que la primera transmisión fue simulada y con la finali-- dad de destruir el gravamen. Creemos por ello que la pri-- mere adquisición y la retransmisión, no son oponibles al acreedor, o a quien había adquirido antes un derecho so-- bre la cosa.

12a) Si la cosa ha sido sustraída o perdida, el art. 481 C.c., dispone que puede ser "reivindicada", lo cual, prima facie, significa que es el propietario a quien corresponde reclamarla. Sin embargo, dicho artículo, establece, en términos generales que puede reivindicarla "aquel que ha perdido o a quien han robado una cosa" y no creemos que el término "reivindicar" debe interpretarse rigurosamente, de forma que no admita que un poseedor con derecho real pueda exigir la restitución de la cosa, en especial si tenemos en cuenta: 1) Que dicha acción reivindicatoria asume más bien el carácter de una acción de repetición, no siendo necesario la prueba del derecho de propiedad; bastará con la prueba de la sustracción o pérdida, lo cual no significa que una vez restituida la cosa, el poseedor se encuentre en una mejor situación de la -- que tenía antes de la desposesión; 2) El poseedor con derecho real limitado en la cosa tiene una acción real propia; el usufructuario por disposición del artículo 344 - C.c., puede ejercer aquellas acciones que le correspondan al propietario, entre ellas es claro que se encuentra la reivindicatoria. La disposición citada es aplicable al usuario por el reenvío del art. 366 C.c. El acreedor prendario goza también de una acción directa, de acuerdo con el principio de reipersecutoriedad de la prenda (vindictio pignoris).

Lo más importante es destacar que todo poseedor, -- por el solo hecho de serlo, puede exigir la restitución de la cosa a él sustraída o que ha perdido, por presumir se su derecho de propiedad, conforme a la presunción del art. 854 C.c. y por autorizar el art. 317 C.c. a todo poseedor, para reclamar la posesión de la que ha sido indebidamente privado; el poseedor actual no puede oponer -- siquiera la presunción legal de ser propietario, pues esta queda destruida con la prueba de la sustracción o pérdida de la cosa.

13º) El art. 481 C.c., permite la reivindicación en caso de -- robo del bien mueble, nada dice respecto al hurto. Es -- evidente que si el fundamento de la reivindicación se encuentra en la desposesión involuntaria del propietario, esta desposesión también existe en caso de hurto. En general, en todas aquellas situaciones, que técnicamente no se definen como robo o pérdida de la cosa, pero pueden considerarse como desposesión involuntaria, la reivindicación será procedente.

14º) La anacrónica distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria esté destinada a desaparecer, en el tanto -- el interés social recaiga preferentemente en la certeza del tráfico. A ello debe llegar nuestro ordenamiento. -- Biendo rigurosos en la calificación de la conducta del accipiens, se puede evitar el encubrimiento de terceros

y en general, que el ladrón encuentra facilidades para desprenderse de lo robado. Si conforme a nuestra Ley -- (arts. 481 y 1065 C.c.), se protege, por necesidades de tráfico, a quien adquiere de buena fe de un estafador o de quien se había apropiado indebidamente de la cosa, no deben presentarse conflictos de conciencia o de otra índole a la hora de proteger a quien adquiere del sustractor, sobre todo, si tenemos en cuenta que esa protección es efectiva en el Derecho mercantil (art. 449 C.Com.), - que constituye sólo una avanzada del Derecho civil.

- 15a) El artículo 481 C.c. establece un principio de irreivindicabilidad de cosas muebles. Esta irreivindicabilidad es producto de la adquisición de la propiedad por parte de un tercero y no a la inversa, es decir, no se trata de una adquisición reflejo de una irreivindicabilidad, y esto es muy claro, al disponer inicialmente el art. 481 que: "La propiedad de los muebles se adquiere eficazmente respecto de tercero (...)".

Las excepciones a esta irreivindicabilidad son las siguientes: 1) Sustracción y pérdida de la cosa u otro caso de desposesión involuntaria; 2) Falta de título hábil; 3) Falta de tradición real de la cosa al adquirente; 4) Si el accipiens es de mala fe o incurrió en culpa grave la adquisición "a non domino" es improcedente". Fuera de estos supuestos, se debe entender que la reivindicación

ción de bienes muebles es imposible? Creemos que no es así; la irreivindicabilidad a que se refiere el art. 481 C.c. es relativa y se circunscribe a las cosas adquiridas a non domino, no excluyendo otras posibles situaciones en las cuales sea procedente la acción reivindicatoria. Sirva de ejemplo el siguiente caso: B recibe por -- vía de testamento el usufructo de una cosa que perteneció a C y ahora es de A. Una vez concluido el usufructo, A tiene frente a B una acción reivindicatoria (y no una personal) en el eventual supuesto que no le entregue el objeto usufructuado. Asimismo, en caso de múltiple enajenación de una misma cosa por el mismo propietario y -- cuando se trate de un mueble registrable, la adquiere, no quien entró a poseerla, sino quien primero inscribió su título, teniendo este último una acción reivindicatoria contra el adquirente que sin haber inscrito su título, era no obstante poseedor de la cosa.

- 162) La acción reivindicatoria de las cosas sustraídas o perdidas tiene una caducidad de tres años, que inician a -- correr desde la sustracción o pérdida de la cosa, luego de los cuales, la regla del art. 481-I, recobra su imperio, es decir, la cosa es de nuevo adquirible a non domino, si se cumplen los requisitos legales. La acción para exigir la restitución de la cosa por falta de tradición, de título hábil, por la mala fe o la culpa grave del -- accipiens, es procedente hasta tanto un tercero no la --

adquiera mediante el art. 481 C.c.

- 17a) La presunción de propiedad del art. 854 C.c., se refiere a la posesión como hecho. El hecho de la posesión subsiste mientras dure la tenencia de la cosa o goce del -- derecho o la posibilidad de continuar una u otro (art. 282 C.c.). El propietario, poseedor mediato, tiene a su favor dicha presunción de propiedad, en base a que se encuentra en la posibilidad de recobrar la tenencia de la cosa y el goce pleno de los atributos que comprende su derecho. En caso de que un tercero demande de reivindicación al mediador posesorio, éste podrá invocar la presunción de propiedad que asiste al poseedor mediato.
- 18a) La presunción de propiedad del art. 854 C.c., opera sólo si la posesión se ejerce en calidad de propietario. Conforme al art. 283 C.c., la posesión a nombre propio se presume. Si un acreedor fundado en la susodicha presunción, embarga a su deudor una cosa ajena, su propietario puede recuperarla, no solo demostrando su propiedad actual, v.g., probando la existencia de una mediación posesoria (no bastaría con la prueba de una adquisición anterior en su favor; se presumiría que fue propietario, pero no que lo ha seguido siendo, pues la presunción de -- propiedad asiste ahora al poseedor actual), sino también demostrando que el poseedor (deudor embargado), no ejerce la posesión en calidad de dueño (lo que puede demos--

trarse por medio de testigos; art. 753 C.c.) y siempre -- y cuando compruebe la sucesión de posesiones. Demostrando que la posesión del poseedor actual no corresponde a la de quien sería un propietario, sino a la de un poseedor alieno nomine (basta con la prueba de contradicciones en los actos posesorios), se presumirá que el poseedor anterior es el propietario.

192) En la práctica, el caso en que con más frecuencia se -- aplica el art. 481 C.c., es en las tercerías excluyentes de dominio, cuando se discute la eficacia de una adquisición "a domino", en perjuicio del acreedor embargante de la cosa, objeto de la transmisión. Si el tercer adquirente demuestra haber realizado la adquisición antes -- del embargo, técnicamente, el art. 481 C.c., es inaplicable, toda vez que en el momento de la adquisición no -- se perjudicó a ningún tercero, lo que es un supuesto de hecho para la aplicación del art. 481 C.c., de manera -- que sería oponible al acreedor la transmisión "solo consensu", es decir sin tradición de la cosa, que es un requisito de eficacia frente a terceros, que en la hipótesis no existían cuando se constituyó el título de adquisición que era suficiente para transmitir con eficacia -- la cosa, aun frente a terceros que posteriormente a la enajenación, embargaron la cosa, confiados en la apariencia de propiedad del deudor. Pero por ser éste un medio

fácil de burlar a los acreedores, en la práctica, la jurisprudencia recurre al art. 481 C.c. y exige la tradición de la cosa al adquirente, al menos mediante constitutivo posesorio, con las formalidades del art. 482 in fine C.c. Fuera de este caso tan corriente, no creemos que esta solución deba extenderse a otras adquisiciones "a domino", en las cuales el tercero al adquirente surge en un momento ulterior a la adquisición, v.g., si la donación se revoca cuando la cosa donada había sido comprada por un tercero, pero no había adquirido su posesión. Salvo que sea muy notorio que se trata de una transmisión simulada, estimamos que bastará el solo título de adquisición, para que la venta sea eficaz frente al ex-donante.

- 20ª) Si la cosa mueble, objeto de la adquisición "a non domino", es registrable, no es de aplicación el art. 481 -- C.c.; la adquisición se realiza en forma análoga a los -- inmuebles. No rige el principio de la tradición hecha -- en virtud de un título hábil, sino que la adquisición -- es eficaz desde que el título se inscriba (en la práctica desde que se "presente") en el respectivo Registro.
- 21ª) Mediante el art. 481 C.c. se resuelve el conflicto que implica la venta doble de una misma cosa a personas -- distintas (también se aplica el art. 1065 C.c.), pero -- también cuando se trata de cualquier otro tipo de ena--jenación doble o múltiple de una misma cosa (no regis-

trable) y por analogía, cuando se constituyan paralelamente derechos reales limitados a favor de distintas -- personas de manera que se excluyan entre sí. Creemos que también por analogía, se regula en dicho artículo, el -- conflicto entre adquirentes paralelos de un derecho -- personal de goce sobre una misma cosa.

- 222) Si en nuestro Derecho es posible adquirir "a non domino" la propiedad de una cosa mueble, con mayor razón debe -- permitirse adquirir un derecho real limitado, v.g. de -- usufructo o de uso de quien no lo tiene y no está por -- tanto en capacidad de constituirlo. Se tropieza sin embargo con el art. 335 C.c., aplicable también al uso, -- según el cual, para constituir un usufructo sobre mue-- bles, debe primero haberse constituido por testamento, y una vez constituido así, es transmisible como el usufructo de bienes inmuebles, que se transmite por cualquier de los medios por los que se adquiere el dominio. Creemos que entonces, una vez constituido por testamento, se podrá constituir a non domino, si el adquirente es de buena fe. Esta regla no es aplicable cuando se -- trata de la cesión de un derecho aparente de usufructo o uso; se aplica por analogía la solución prevista en -- el art. 481, para cuando se adquiere a non domino la -- propiedad de una cosa. La misma será reivindicable por el afectado, en las mismas circunstancias en lo que se --

ría si se tratara de un adquirente a non domino del derecho de propiedad.

- 23ª) Se puede adquirir "a non domino" el derecho de prenda, cuando es con desplazamiento de posesión de la cosa empeñada, siempre y cuando se cumplan los requisitos del art. 481 C.c. Los motivos de reivindicación de la cosa empeñada a non domino, han sido ampliados por el art. 572-C del Código de Comercio; no sólo es posible reivindicarla en los supuestos señalados en el art. 481, sino también cuando el derecho de prenda se constituyó estafando o defraudando al propietario, con lo cual se reduce notablemente la posibilidad de adquirir ese derecho a non domino. Lógicamente, el propietario no podrá reclamar la cosa pignorada, si ha sido adquirida por un tercero en la venta judicial efectuada en la ejecución -- prenderia, por impedirlo el art. 481 C.c., al cual puede acogerse el adjudicatario.

Si el acreedor adquirió efectivamente el derecho de prenda del no propietario (v.g. por ser éste de buena fe y no ser la cosa sustraída o perdida), es intrascendente la mala fe del adjudicatario que compra la cosa en la subasta judicial, toda vez que el acreedor ejecutante, tenía derecho a promover la venta coactiva de la cosa.

- 24ª) El arrendador de un inmueble no puede adquirir a non domino el derecho de prenda tácita, que sobre los objetos

introducidos al inmueble por el inquilino, le concede - el art. 1143 C.c., y que garantiza el pago de los alquileres vencidos. La razón de ello consiste, en que en la especie se parte de un supuesto contrario al contemplado en el art. 481 C.c.; el acreedor no tiene porque adquirir la posesión de las cosas, sobre las cuales tiene el derecho de prenda tácita.

De acuerdo con el art. 1143 C.c., el acreedor tiene un plazo de solo quince días para perseguir los bienes salidos del inmueble sin su consentimiento. Estimamos que dicho plazo no es funcional; el arrendador no tiene acción contra los terceros adquirentes de buena fe que puedan invocar el art. 481 C.c., y si no pueden hacerlo, es justo que el arrendador pueda perseguir los bienes fuera de ese plazo de quince días. Quizás solo llegue a tener utilidad, cuando la cosa se encuentra en posesión de un tercero que posee de buena fe a nombre del arrendatario, porque si había entrado a poseer a sabiendas de que el arrendador había pedido la venta de los bienes poseídos, estimamos que este último tiene -- derecho a perseguir los bienes fuera del susodicho plazo.

Si el arrendatario cede a un tercero su derecho de arriendo y el establecimiento mercantil que se encontraba en el inmueble arrendado, el arrendador debe hacer --

valer su derecho dentro del plazo de quince días que señala el art. 482 C. Com., para presentar los créditos personales, "contraídos en beneficio del establecimiento y con motivo de su giro", de lo contrario el establecimiento mercantil no responde por ellos (art. 483 C. Com.). Creemos que aunque el arrendador tenga su crédito garantizado con ciertos bienes, su obligación es hacer valer sus derechos en el plazo indicado, de lo contrario sería alargar una situación que no conviene ni al cesionario ni al arrendador, quien debe ser diligente y cobrar su crédito en esa oportunidad.

- 25º) La acción de rescate a que alude el art. 481 C.c., en caso de que la cosa sustraída o perdida, hubiera sido comprada en venta pública, en feria o a un mercader que vende cosas semejantes, no procede cuando ha sido adquirido en un establecimiento mercantil, por ser en esta hipótesis irreivindicable, de acuerdo con el art. 449 -- del Código de Comercio.
- 26º) Creemos que si el propietario que reembolsó al demandado el precio que pagó por la cosa en la venta judicial, no logra satisfacerse en el enfrentamiento con aquellos poseedores intermedios respecto de los cuales hubiera sido eficaz la acción reivindicatoria, podrá dirigirse contra los acreedores que percibieron el producto de la venta judicial, por estar estos en una situación -- análoga a quien recibe un pago indebido, al haber sido --

la cosa vendida una cosa ajena.

- 27º) Estimemos que el art. 328 C.c., debe derogarse, cuando sostiene en términos absolutos que todo poseedor de -- buena fe tiene derecho a que el reivindicador le pague - el precio que él haya dado por la cosa. Esta norma colisiona con el art. 316 C.c. que establece el derecho de - todo propietario a reivindicar la cosa objeto de su propiedada y con el propio art. 481 C.c. que permite la reivindicacion expresamente en ciertos casos, cuando la cosa ha sido adquirida por terceros. El derecho de reem-- bolso solo procede en las situaciones tradicionales a -- que se refiere este último artículo.

La jurisprudencia rechaza la aplicación del art. - 328 C.c., aduciendo que opera inter-partes, lo cual es inadmisibile, por ser el artículo 328 C.c., una norma de terceros; no exista una fórmula jurídica, técnicamente correcta, capaz de atemperar esta regla; la única solu-- ción es derogarla.

- 28º) El poseedor demandado, con derecho de reembolso del -- precio, tiene la opción entre este último o hacer efec-- tiva la garantía de evicción, exigiendo a su enajenante la restitución del precio y la indemnización de los de-- más extremos a que la ley de derecho.
- 29º) Sólo el poseedor de buena fe y siempre que no haya incu-- rrido en culpa grave, tiene derecho al reembolso y mien--

tras no se hecho puede retener la cosa.

- 30º) Si el título por el cual el tercero poseedor de buena fe recibe la cosa sustraída o perdida, se encuentra viciado de nulidad, el reivindicante puede evitar el reembolso del precio, solicitando la declaratoria de nulidad por tener interés legítimo en ello. Una vez declarada, puede hacer que le sea restituida la cosa.
- 31º) El artículo 481-III C.c., concede a quien ha hecho el reembolso del precio, una acción para exigir el valor de la cosa a cualesquiera de los otros poseedores intermedios, respecto de los cuales hubiera sido eficaz una acción reivindicatoria. Esta acción concebida en esos términos, es inapropiada; el reembolsante tiene derecho a exigir únicamente la suma reembolsada y no el valor de la cosa, de lo contrario se enriquecería injustamente, si el valor del objeto es superior al precio reembolsado; pero tampoco tiene porque recibir una suma inferior al reembolso que ha hecho, si el valor de la cosa es inferior al mismo.
- 32º) La buena fe del adquirente a non domino es la definida en el artículo 285 C.c., referida a la buena fe del poseedor en general. Por aplicación de dicho artículo, se protege al adquirente solo si no ha incurrido en culpa grave.

Este numeral se excede al estimar que no se ha de tener como de buena fe a quien debió haber dudado de -

su derecho. La única salida razonable y adecuada a la realidad, es considerar que únicamente la posibilidad de haber tenido una duda grave puede dar lugar a la aplicación de los efectos de la mala fe, por estar entonces ante un supuesto cercano a la culpa grave.

- 33ª) Si el artículo 481 C.c., no exige expresamente la buena fe el adquirente a non domino, esta omisión se subsana por aplicación extensiva del art. 1065 que si la exige, cuando el contrato entre el non dominus y el tercer adquirente es una compraventa.
- 34ª) La apariencia jurídica del non dominus se funda en un elemento material que lleva al error al adquirente, pero que no requiere ser necesariamente la posesión inmediata de la cosa; basta la mediata y mas aún, no se requiere, a nuestro juicio, la posesión del enajenante. La presunción legal de propiedad que tiene todo poseedor animus domini, refuerza la apariencia, pero es suficiente una presunción de hecho de propiedad, para dar lugar a la apariencia y a la buena fe del adquirente, la cual como creencia que es, o como hecho intelectual en que consiste, no puede encasillarse a priori en esquemas rígidos y predefinirse cuándo debe o no existir. Para que la adquisición "a non domino" tenga lugar, no es por tanto necesario, que el accipiens recibe del enajenante la posesión de la cosa, pero sí de quien la tenga y la

haya recibido del propietario.

- 35º) La buena fe del adquirente a non domino debe ser manifiesta. En situaciones tan particulares como lo es la adquisición "a non domino", no es conveniente delimitar previamente lo relativo a la carga de la prueba de las partes; si legalmente se admite la expropiación del propietario por un tercero, la equidad exige que sea realizada por quien realmente es de buena fe. La presunción de buena fe permite que adquirentes sin escrúpulos, conocedores del origen delictivo de la cosa, se aprovechen de ella, lo que debe evitarse a toda costa. Además, al propietario, ajeno a la adquisición a non domino, le es sumamente difícil informarse con certeza de todos los detalles de la contratación. Por el contrario, al adquirente le es más accesible probar su conducta honrada al adquirir la cosa. Por lo anterior, consideramos necesario imponer al adquirente la prueba de su buena fe. Al ser ésta un estado psíquico, no admite prueba directa, sino solo indiciaria, de la cual se presumiría su buena fe. Mientras no demuestre que tomó las precauciones normales y necesarias, el adquirente no podrá invocar su buena fe. Probadas en forma dichas circunstancias, se presumirá su buena fe; corresponde entonces al accionante demostrar, que a pesar de todo el accipiens era de mala fe.

B I B L I O G R A F I A

ALAS, Leopoldo, La publicidad y los bienes muebles, Madrid, 1920.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel, Usucapibilidad del derecho de --
prenda. Revista de Derecho notarial, abril-junio,
1954.

Notas a El negocio jurídico, de Cariota Ferrara,
Aguilar, Madrid, 1956.

Derecho civil, Tomo III-1, Bosch, Barcelona 1977.

ALCANTARA SAMPELAYO, J., La adquisición derivativa de bienes
muebles y el artículo 464 del Código civil, Revis-
ta de Derecho privado, T.XL, Madrid, 1956.

ALGUER, José, El concepto de la buena fe en la génesis y en
la técnica del Derecho privado, Revista Jurídica
de Cataluña, V. 33, Barcelona, 1927.

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo, La tercería y la oposición del
tercero, Revista de Derecho privado, XLVII, Madrid,
1963.

AMOROS GUARDICIA, Manuel, La protección al comprador de bue-
na fe de bienes muebles corporales. El requisito
de la buena fe, Anuario de Derecho civil, Madrid,
1972.

AUBRY ET RAU, Cours de Droit civil francais, 5ª ed., Paris,
1879, T.II.

BARASSI, Ludovico, Diritti reali e possesso, Giuffrè, Mila-
no, 1952. Instituciones de Derecho civil, Bosch,

Barcelona, 1955, II.

BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 10^a ed. Sirey, Paris, 1899, t. XXVIII.

BENSA, L., *Del possesso come titolo di diritto in relazione alle universilità di cose e di diritti*, *Giurisprudenza italiana*, 1903, I, 723.

BERGANO LLABRES, Alejandro, *La protección a la pariencia jurídica en el Derecho español*, *Anales del Colegio Notarial de Valencia*, 1945.

BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1969, I.

BOEHMER, Gustav, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, - Bosch, Barcelona, 1959.

BONNECASSE, Julian, *Elementos de Derecho civil*, Porrúa, México, 1945, XIII-1.

BORRACHERO, Miguel, *El animus en la ocupación*, *Revista de Derecho privado*, T. XLI, Madrid, 1957.

BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di diritto privato*, 6^a ed. Zanichelli, Bologna, 1975.

BREDIN, Jean, *Voz: "Possesso"* n^o 3, *Revue Trimestrielle*, 1972, p. 154.

BRUGI, Biaggio, *Instituciones de Derecho civil*, Uteha, México, 1946.

BRENES CORDOBA, Alberto, *Tratado de los bienes*, 3^a ed. Ed. - Costa Rica, San José, 1963.

- Tratado de las obligaciones, Juricentro, 1977.
- CANDIAN, Aurelio, Instituciones de Derecho privado, Uteha, México, 1961.
- CARBONI, Michele, Il possesso ed i diritti reali, Tratelli - Bocca, Torino, 1916.
- CARBONNIER, Jean, Derecho civil, Bosch, Barcelona, 1966, I-2; II-1.
- CARRERAS, Jorge, El embargo de bienes, Bosch, Barcelona, 1957.
- CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho civil, común y foral, 10ª ed. Reus, Madrid, 1978, II-1.
- COCO, Giovanni S., Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà, Giuffrè, Milano, 1965.
- COLIN Y CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil, Reus, Madrid, 1961, II-2; V.
- CORRADINI, Domenico, Il criterio della buona fede e la -- scienza del diritto privato, Giuffrè, Milano, 1970.
- COSTANTINO, Michele, Contributo alla teoria della proprietà, Jovene, Napoli, 1967.
- COTTINO, Gastone, Diritto commerciale, Cedam, Padova, 1976, I.
- CRISTOBAL MONTES, Angel, La adquisición registral a non domino, Univ. Central, Caracas, 1970.
- DELESTRAINT, Pierre D., Droit civil, 5ª ed. Dalloz, Paris, - 1977.
- DE LOS MOZOS, José L., El principio de la buena fe, Bosch, - Barcelona, 1965.

DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho civil, 3ª ed.

Reus, Madrid, (sin fecha de edición), I.

DE SEMO, Giorgio, Elementi di diritto privato, Giuffrè, Milano, 1960.

DE VITA, Anna, La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea, Giuffrè, Milano, 1974.

DIAZ PALOS, Fernando, Posesión de muebles y apropiación indebida, Estudios en honor del prof. Castán Tobeñas, Ed. Univ. de Navarra, Pamplona, 1969, III.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, 19ª ed. 1970.

DIEZ DEL CORRAL, Jesús, La adquisición a non domino de bienes muebles en el Proyecto de Ley uniforme y comparación con el sistema español, Anuario de Derecho civil, Madrid, 1972.

DIEZ PICAZO, L., La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español, Anuario de Derecho civil, Madrid, 1966.

Prólogo a la obra de Franz Wieacker, El principio general de la buena fe, Ed. Civitas, - Madrid, 1977.

DIEZ PICAZO, Luis y GILLON BALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho civil, Tecnos, Madrid, 1977, III.

DORAL, José Ant., El servidor de la posesión, Estudios en -

- honor del prof. Castán Tobeñas, Univ. de --
Navarra, Pamplona, 1969, V.
- DUSI, Bartolomeo, Istituzioni di Diritto Civile, 4ª ed. Giap-
pichello, Torino, 1945, I.
- ESPIN CANOVAS, Diego, Manual de Derecho civil español, 5ª ed.
Ed. Rev. de Derecho privado, Madrid, 1977, II.
La transmisión de los derechos reales en el
C.c. español, Revista de Derecho privado, -
junio, 1945.
- FERRARA, Luigi, Diritto privato attuale, 2ª ed. Unione Tipo-
grafico. Editrice torinese, Torino, 1948.
- FONT-BOIX, Vicente, La adquisición a non domino, Revista Crí-
tica de Derecho inmobiliario, Madrid, noviem-
bre-diciembre, 1967.
- FUENTES PEREZ, Antonio, Coordinación del artículo 464 con los
1955 y 1962, todos del Código civil, Revis-
ta Crítica de Derecho inmobiliario, Madrid,
p. 528, 1960.
- FUNAIOLA, Carlo A., la Cossiddetta proprietà relativa, Studi
in onore di Antonio Cicu, Giuffrè, Milano,
1950, Vol. Iª.
- GALGANO, Francesco, Trattato di diritto commerciale e diritto
pubblico dell'economia, Cedam, Padova, 1977, I.
Storia del Diritto commerciale, Soc. editri-
ce il Mulino, Bologna, 1976.

CALLARDO, Antonio, Fe pública y seguridad jurídica, Anuario -
de Derecho civil, 1949, p. 73.

GARCIA VALDECASAS, Guillermo, La posesión, Universidad de -
Granada, 1953.

GARRIGUEZ, Joaquín, Curso de Derecho mercantil, 7ª ed., Ma--
drid, 1976.

GENTILE, Francesco S., La trascrizione mobiliare, Jovene, Na-
poli, 1961.

Il possesso, Unione tipografico-Editrice To-
rinese, Torino, 1965.

Possesso e azioni possessore, Jovene, Napoli,
1974.

Il possesso nel diritto civile, Jovene, Na-
poli, 1956.

GOMEZ ACEBO, Fernando, La buena y la mala fe en el Código ci-
vil, Revista de Derecho privado, marzo, Ma-
drid, 1952.

La hipoteca de establecimiento mercantil, -
Revista de Derecho mercantil, ener-marzo, -
1955.

La buena y mala fe. Su encuadramiento en la
teoría general del derecho y su eficacia en
el Código civil, Revista de Derecho privado,
febrero, 1952.

GONZALEZ MARTINEZ, Jerónimo, Estudios de Derecho hipotecario
y civil, Sección de Publicaciones del Ministr

terio de Justicia, Madrid, 1948, II.

GONZALEZ RODRIGUEZ, Manuel, Bocetos jurídicos, I, La buena -
fe y la seguridad jurídica, Anales de la -
Academia Matritense del Notariado, Vol. III, -
1959.

GULLON BALLESTEROS, Antonio, Cobro de lo indebido, Estudios
de Derecho civil, Ed. Revista de Derecho -
privado, Madrid, 1978.

GUZMAN LEIVA, Carlos M., La mediación posesoria, Tesis (iné-
dita), Universidad Complutense de Madrid, -
1977.

HEDEMANN, Justos W., Tratado de Derecho civil, Ed. Revista -
de Derecho privado, Madrid, 1955, II.

HERNANDEZ GIL, Antonio, El giro de la doctrina española en -
torno al artículo 464 del Código civil y --
una posible interpretación de privación ilga
gal, Revista de Derecho privado, Junio, 1944.
De nuevo sobre el artículo 464 del Código -
civil, Revista de Derecho privado, julio-
agosto, 1945.

Comentario a la sentencia de 19 de junio de
1945, Revista General de Legislación y Juris
prudencia, julio-agosto, 1947.

La función social de la posesión, Alianza -
Editorial, Madrid, 1969.

Nuevas perspectivas para la interpretación del artículo 464 del Código civil (Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 29-11-1976).

HUPKA, Joseph, La representación voluntaria en los negocios jurídicos, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1930.

JORDANO BAREA, Juan, La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros, Anuario de Derecho civil, III, Madrid, 1950.

JOSSERAND, Louis, Derecho civil, Ejea, Buenos Aires, 1950, - I-3.

KUTMEROW, Gert, Ensayo sobre la adquisición a non domino de bienes muebles, Univ. Central, Caracas, - 1965.

LADARIA CALDENTEY, J., Legitimación y apariencia jurídica, - Bosch, Barcelona, 1952.

LATOUR BROTONS, Juan, La ocupación, Revista de Derecho privado, T. XLI, 1957.

LARENZ, Karl, Derecho de obligaciones, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, I.

LAURENT, F., Principes de Droit civil, 3^a ed. Maresq, Paris, 1878, T. XXXII.

LEHMANN,., Tratado de Derecho civil, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, IV.

- LETE DEL RIO, José M., Protección del derecho de propiedad, Universidad de Santiago de Compostela, 1975.
- LOMONACO, Giovanni, Il diritto civile italiano, Biblioteca -- delle scienze giuridiche e sociali, Napoli, - 1907, T. LXX.
- LOPEZ CALERA, Nicolás M^a. , La estructura lógico-real de la norma jurídica, Ed. Nacional, Madrid, 1969.
- LOPEZ Y LOPEZ, Angel M., Retención y mandato, Studia Albornotiana, Bologna, 1976.
- LUZZATTO, Ruggero, La compraventa, Reus, Madrid, 1953.
- MAIOCCA, Carlo, Il pegno di cose futura e il pegno di cose -- altrui, Societa Ed. Libraire.
- MALAFOSSE, D., Historie du Droit prive, 2^a ed. Thémis, Paris, 1960, II.
- MARTINEZ CALCERRADA, Luis, Adquisición de la posesión de bienes muebles del artículo 464 C.c., Revista de Derecho privado, 1977, p. 693.
- MARTINEZ RUIZ, Luis F., La apariencia en el Derecho privado, Revista de Derecho privado, T. XLV, 1951.
- MARTY ET RAYNAUD, Droit civil, Sirey, Paris, 1965.
- MAS ALCARAZ, Celestino, La cláusula de reserva de dominio, en Estudios de Derechos privado, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1965, III.
- MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho civil, --- 1^a-I; 1^a-IV; 2^a-III; 2^a-IV; 3^a-I; 3^a-III; --- 4^a-IV, Ejea, Buenos Aires, 1965.

MAZZA, Marcelino, Nota a la sentencia de Casación del 21 de febrero de 1951, nº 2044, Riv. Giur, Dir, Civ. 1951, p. 719.

MAZZACANE, F., Nota a la sentencia de Casación de 12 de enero de 1950, Giur, Cass., 1950, Nº 83.

MELON INFANTE, Carlos, La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, -- Bosch, Barcelona, 1957.

MELON INFANTE, Fernando, La adquisición de mercaderías en establecimiento mercantil, Bosch, Barcelona, 1958.

MENGONI, Luigi, Gli acquisti a non domino, 3ª ed. Giuffrè, Milano, 1975.

Sull'applicabilità all'azienda del principio: possesso vale titolo, Riv. Dir. Comm., 1949, II, p. 105.

Ancora sull'inapplicabilità all'azienda -- del principio possesso vale titolo, in Giur. rispr. ital., 1950, I, p. 170.

MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho civil, Ejea, Buenos Aires, 1954, III.

Sulla natura del acquisto di beni mobili -- ex-art. 1155 Cod. civ., Studi in onore di Antonio Cicu, Giuffrè, Milano, 1951, I.

MIGUEL GONZALEZ, José Mª., Presupuestos históricos del art. 464 C.c., Tesis, Universidad Complutense, -

Madrid, 1973.

MOLINA GARCIA, Antonio, La dobleventa a través de la jurisprudencia, Montecorvo, Madrid, 1975.

MOLLEDA FERNANDEZ, José Ant. La presunción de buena fe, Estudios de Derecho privado, Ed. Revista de Derecho privado, 1966.

MONTEL, Alberto, Il possesso, Trattato di Diritto civile italiano, Unione Tipografico-Editrice torinese, Torino, 1962, IV-5.

La disciplina del possesso nel Codice civile italiano, 2ª ed. Giappichelli, Torino, 1951.

Il principio possesso vale titolo e gli autoveicoli, en La disciplina del possesso nel Codice civile italiano, p. 372.

Nota minima in tema di acquisto a non domino, en Nuovi scritti in materia di possesso Giapichelli, Torino, 1958, II.

A propósito de acquisto di cose rubate o smarrite, en La disciplina del possesso nel codice civile italiano, p. 359.

MORALES MORENO, Antonio Ml., Posesión y usucapión, Consejo Superior de Investigaciones, Madrid, 1972.

NATOLI, Ugo, La proprietà, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1976.

NICOLO, Carlo, Nota a la sentencia de Pretura Romana, de 31 de julio de 1957, Temi Romana, 1958, p. 33.

NUÑEZ LAGOS, Rafael, Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles, Reus, Madrid, 1953.

El enriquecimiento sin causa en el Derecho - español, Reus, Madrid, 1934.

NUVOLONE, Pietro, Ricettazione, incanto acquisto e possesso - di buona fede, Foro pad., 1957, p. 595.

OERTMANN, P., La reserva de dominio en la compraventa, Revista de Derecho privado, septiembre, 1930.

PASUKANIS, Evgeni, Teoría general del derecho y marxismo, - Labor, Barcelona, 1976.

PEÑA, Manuel, Comentario a la sentencia de 3 de marzo de -- 1951, en Anuario de Derecho civil, Vol. 52. Fas, I.

Notas sobre la adquisición a non domino del usufructo y uso sobre muebles y de la prenda, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, octubre, 1952.

PEREZ GONZALEZ, Blas y ALGUER, José, Anotaciones al Derecho de cosas de Wolff, T., III, Vol 12 y 22, Bosch Barcelona, 1971.

PIEDELIEVRE, Alain, Droit des biens, Masson, Paris, 1977.

PLANITZ, Hans, Principios de Derecho privado germánico, Bosch Barcelona, 1957.

PLANIOL Y RIPERT, Tratado práctico de Derecho civil francés, Ed. Culturel, La Habana, 1945, III.

PUGLIATTI, Salvatore, La Proprietà del nuovo diritto, Giuffrè, Milano, 1964.

La trascrizione, Trattato di diritto ci
vile e commerciale, XIV, Giuffrè, Milano,
1957, I-T 1ª.

PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho civil, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1971, III.

Anotaciones a la obra de Boehmer, El De-
recho a través de la jurisprudencia, Bosch
Barcelona, 1959.

REPERTORIO JURIDICO, por Guillermo Cabanellas, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974.

RESCIGNO, Pietro, Manuale del Diritto privato italiano, 3ª ed. Jovene, Napoli, 1977.

RIPERT ET BOUFLANGER, Droit civil français, Librairie Généra
le de Droit et de Jurisprudence, Paris,
1957, II.

ROCA SASTRE, Luis, Las adquisiciones a non domino, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1976.

ROCA SASTRE, Ramón Mª, Derecho Hipotecario, 5ª ed., Bosch, - Barcelona, 1954, II.

SACCHETTI, Francesco, La c.d. "probatio diabolica" nell'opposizione dei terzi assoggettati all'esecuzione (art. 1153 C.c.), Riv. Trim, di --

Dir. e Pro. Civ., 1958, p. 665.

SACCO, Rodolfo, La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato, Giapichelli, Torino, 1949.

La presunzione di buona fede, Riv. Dir. -- Civ., 1959, N° 1 y en Riv. Dir. Civ. N° 3, 1959.

In tema di acquisto a non domino di buona fede ex-art. 1153 Cod. civ., Riv. Dir. - Comm., 1949, p. 47.

Il possesso, La denuncia di nuova opera -- e di danno temuto, Vallardi, Milano, 1960.

SAINT GERMES, Joseph-Jean-Vivien, La influence de la valeur des meubles sur le Code civil francais, Thesis, Univ. D'Alger, Alger, 1926.

SALEILLES, Raymundo, La posesión de bienes amueblados, Espasa-Calpe, Madrid, 1927.

SANCHEZ VELASCO, Hipólito, Los artículos 464 y 1955 y el principio en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1942, p. 315.

SANZ FERNANDEZ, Angel, La prenda sin desplazamiento, Anales de la Academia Matritense del Notariado, - T.II, Madrid, 1946.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco, Proprietà privata e funzio-

ne sociale, Cedam, Padova, 1976.

SAVATIER, Rene, Cours de Droit civil, 10^a ed. Lib. Gen. de -
Droit et de Juris, Paris, 1947, I.

SCAEVOLA, Mucios, Código civil, 5^a Ed., Reus. Madrid, 1948,
T. VIII.

SCHLESSINGER, Piero, El pago al tercero, Ed. Rev. de Der. -
Priv., Madrid, 1971.

SEE, Henri, Orígenes del capitalismo moderno, Fondo de Cultur
ra Económica, México, 1972.

SEGRE, Gino, Sui casi contemplati dall'art. 708 del Codice -
Civile, Riv. Dir. Comm. 1919, p. 28.

SERRANO Y SERRANO, Ignacio, La ausencia en el Derecho español,
Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1943.

SOLS GARCIA, Pedro, Ensayo sobre la prescripción adquisitiva
de bienes muebles, Revista de Derecho privad
o, febrero, 1950.

SOTELA MONTAGNE, Rogelio, Anotaciones al Tratado de los bie-
nes, de Brenes Córdoba (obra citada).

SOLUS, Henry, Voz "Propriété et droits réels", Revue Trimes--
trale, 1961, p. 342.

STOLFI, Nicolo, Diritto civile, Unione Tipografico-Editrice
torinese, Torino, 1926.

TALON MARTINEZ, Francisco T., La experiencia jurídica, Revis-
ta Jurídica de Cataluña, Julio-agosto, 1952.

TARTUFGARI, Assuero, Degli Effetti del possesso, Unione tipo-
grafico-Editrice, Torino, 1886, vol. II.

- TRABUCCHI, Alberto, Istituzioni di Diritto civile, 21ª ed. -
Cedem, Padova, 1976.
- TRAVIESAS, M. Miguel, Extinción y reivindicación del derecho de propiedad, Revista de Derecho privado, julio-agosto, 1920.
- TRIMARCHI, Pietro, Istituzione di diritto privato, 3ª ed. --
Giuffrè, Milano, 1977.
- TORRENTE, Manuale di Diritto privato, 9ª ed. Giuffrè, Milano, 1975.
- VALDEAVELLANO, Luis de, Estudios Medievales de Derecho privado, Univ. de Sevilla, 1977.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil, Estudios sobre Derecho de cosas, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973.
- El Nº 1 del artículo 464 del Código civil, -
según la sentencia de 19 de junio de 1945, -
Anuario de Derecho civil, Iv, p. 1951.
- VOT THUR, Andreas, La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual, Revista de Derecho privado, 1925.
- WEILL, Alex, Droit civil, Les biens, 10ªed., Dalloz, Paris, 1974.
- WIEACKER, Franz, Historia del Derecho privado de la Edad Moderna, Aguilar, Madrid, 1957.
- El principio general de la buena fe, Civitas, Madrid, 1977.

WOLFF; Martín, Tratado de Derecho civil, Derecho Cosas, 3ª -
ed. Bosch, Barcelona, 1961, Tomo III, Vols.--
1 y 2.

ZORRILLA, Manuel, Anotaciones al Tratado de Derecho civil -
de Jean Carbonnier, II-2 (obra citada).

C U E R P O S L E G A L E S C O N S U L T A D O S

CODIGO CIVIL COSTARRICENSE

CODIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES COSTARRICENSE

CODIGO DE COMERCIO DE COSTA RICA

CODIGO PENAL COSTARRICENSE

Ley de Tránsito Nº 5930 - 27 Oct. 1976.

Ley de Tránsito Nº 63 - 26 - marzo 1935.

Ley del Registro de Vehículos, nº 2586 - 21 junio 1960.

CODIGO CIVIL ESPAÑOL

CODIGO CIVIL ITALIANO DE 1865 y 1942

CODIGO CIVIL FRANCES

CODIGO CIVIL ALEMAN

CODIGO CIVIL SUIZO

CODIGO CIVIL PORTUGUES

CODIGO CIVIL AUSTRIACO

CODIGO CIVIL DE PUERTO RICO

CODIGO CIVIL DE REP. DOM.

CODIGO CIVIL DE EL SALVADOR

CODIGO CIVIL DE HONDURAS

CODIGO CIVIL DE NICARAGUA

COGIGO CIVIL DE GUATEMALA

CODIGO CIVIL DE MEXICO

CODIGO CIVIL DE COLOMBIA

CODIGO CIVIL DE VENEZUELA

CODIGO CIVIL DE PERU

CODIGO CIVIL DE CHILE

CODIGO CIVIL DE ARGENTINA

CODIGO CIVIL DE BRASIL

CODIGO CIVIL DE ECUADOR

CODIGO CIVIL DE URUGUAY

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACION Y TRIBUNALES DE INSTAN
CIA DE FRANCIA.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACION Y TRIBUNALES DE INSTAN
CIA DE ITALIA.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACION Y TRIBUNALES DE INSTAN
CIA DE COSTA RICA.

I N D I C E G E N E R A L

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

EL DOBLE SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO: "EN MATERIA DE MUEBLES, LA POSESION EQUIVALE AL TITULO".

	Pág.
Premisa.	
I.- Teoría del doble efecto	3
II.- El contenido del principio es producto de una acumulación histórica.....	10
III.- La adquisición "a non dominus" es una adquisición anómala y a título originario	24
1.- Fundamento Político	36
2.- Fundamento Racional	44
3.- Ambito de aplicación	65
IV.- Posesión y publicidad.....	74

CAPITULO SEGUNDO

EL PRINCIPIO: "EN MATERIA DE MUEBLES, LA POSESION EQUIVALE AL TITULO", EN EL CODIGO CIVIL COSTARRICENSE.

Premisa.

SECCION PRIMERA: I.- RECEPCION DE LA MAXIMA EN EL CODIGO CIVIL.

	pág.
1.- Separación de los dos efectos del principio : - arts. 481 y 854 del Código civil	89
2.- El "título hábil" es un requisito de la adquisición	100
A) Adquisición a título gratuito	107
B) Adquisición "mortis causa"	111
C) Otros títulos	115
D) El título debe estar libre de vicios	117
3.- Necesidad de entregar la cosa al adquirente.....	120
4.- El concepto de "tercero"; ambivalencia del art. - 481 C.c.	134
5.- Sustracción y pérdida de la cosa	151
A) Sujetos legitimados para exigir la restitución de la cosa	159
B) Ejercicio de la acción reivindicatoria contra el hallador	168
C) Nuestra opinión	173
6.- Alcances de la irreivindicabilidad	174
7.- La presunción de propiedad del art. 854 C.c. ...	176
8.- El sentido de los arts. 481 y 854 C.c., a través de la jurisprudencia	197

II.- DERECHO EXTRANJERO

1.- Derecho alemán	210
2.- Derecho italiano	211
3.- Derecho suizo	214

4.- Derecho español	pág. 215
5.- Derecho argentino y peruano	217
<u>SECCION SEGUNDA: CASUISTICA</u>	
I. <u>Aplicaciones prácticas del artículo 481 del C.c.</u>	221
1.- Pago indebido	221
2.- Enajenación del heredero del depositario	223
3.- Pacto de reserva de dominio	225
4.- Adquisición en venta pública	226
5.- Enajenación del cotitular	228
6.- Adquisición hecha al servidor de la posesión ..	229
7.- El art. 481 C.c. y la tercería excluyente de do minio	231
8.- Constitución múltiple de derechos sobre una mis ma cosa	251
9.- Adquisición a non domino de derechos reales li mitados	263
A) Adquisición a non domino del usufructo y uso.	264
B) Adquisición a non domino del derecho de pren da	267
C) Prenda tácita	274
II.- <u>Otros casos de proteccion de los adquirentes..</u>	282
1.- Rescisión y revocación de la donación	282
2.- Enajenación de los bienes del ausente.....	285
3.- Adquisición hecha al ex-mandatario.....	287

SECCION TERCERA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SU-
JETOS EN LAS DIVERSAS RELACIONES -
JURIDICAS.

I. <u>Derechos y obligaciones del adquirente en relación con el anterior propietario.....</u>	290
1.- Adquisición de mala fe	290
2.- Adquisición de buena fe	291
A) A título gratuito	291
B) A título oneroso	293
3.- El Derecho de Rescate.	293
A) El Derecho de Rescate del art. 481 C.c. en relación con el art. 449 del Código de Comercio.	294
B) El Derecho de Rescate en el Código civil.....	300
C) Posición de la jurisprudencia	316
II. <u>Responsabilidad del enajenante con el propietario</u>	320
1.- Enajenación de mala fe	320
2.- Enajenación de buena fe	322
III. <u>Responsabilidad del enajenante con el adquirente.</u>	323
IV. <u>Responsabilidad de los poseedores intermedios....</u>	325

CAPITULO TERCERO

LA BUENA FE

Premisa

I. Orígenes de la buena fe del adquirente a non domino.	331
---	-----

	Pág.
II. La polémica doctrinal en la interpretación del concepto "buena fe".....	336
1.- Teorías Subjetivas.....	338
A) Psicológica pura	338
B) Etico-psicológica	338
C) Posición intermedia	339
D) Teoría ética	339
E) Teoría Volitiva	340
2.- Teoría Normativa	342
3.- Teoría pluralista o hecho jurídico	343
III. Aplicación de la buena fe definida en el art. 285 Código civil.....	345
IV. Buena fe y aperiencia.....	354
1.- Elementos integradores de la aperiencia jurídica	356
2.- Aperiencia y posesión	357
3.- La aperiencia jurídica es de titularidad de un derecho real	364
V. Adquisición mediante mandatario	365
VI. Relación de la culpa con la buena fe	369
VII. La culpa grave impide la adquisición a non domino	372
VIII. Metodología valorativa de la culpa	379
IX. Buena fe y duda; metodología valorativa de la duda	384
X. Momento de la buena fe	388
XI. La presunción de buena fe; Nuestra opinión	396
CONCLUSIONES	408

	pág.
BIBLIOGRAFIA	436
CUERPOS LEGALES CONSULTADOS	453
INDICE GENERAL	455
FE DE ERRATAS	461

FE DE ERRATAS.

- En página 69, línea 9, después de "muebles", léase: "no".
- En página 78, línea 2, después de "sola", léase: "como".
- En página 87, línea 7, después de "dominio", léase: "es --
aquel traslativo (en apariencia) de dominio".
- En página 103, línea 4, después de "real", léase: "y derechos
personales, bastará con indicar, que solo...".
- En página 126, línea 13, después de "buena fe", no se lea -
de "sino" a "buena fe".
- En página 136, línea 23, en lugar de "era el verdadero pro-
pietario", léase: "el mismo ha hecho propie-
tario..."
- En página 157, línea 9, después de "protección" en lugar de
"del tráfico", léase: "... que deba encontrar
el propietario, en perjuicio de la protección
del tráfico; ..."
- En página 164, nota 102, línea 7, después de "insuficiente;"
léase: "no explica ..."
- En página 172, nota 120, línea 4-5, después de "numeral",
no se lea de "EL" a "numeral".
- En página 207, línea 2, después de "enajenante", léase: "y -
no al adquirente, cuando de aplicarse una re-
gla al poseedor enajenante..."
- En página 243, línea 6, después de "procede", léase: "a embar-
gar bienes que se encuentran en posesión del

cónyuge-deudor, procede ...".

En página 323, línea 19, después de "enajenante", léase "no".

En página 350, nota 40, línea 2, después de "adquirente", -
léase: "a non domino".

En página 359, línea 7, después de "mediato", léase: "es"...;
línea 20, después de "separada", léase: "del
derecho...".

En página 412, línea 15, después de "domino, léase: "dice".